

Université de Montréal

**La protection des mineurs face à la
cyberpédopornographie**
Étude comparée entre le droit criminel canadien et français

par
Caroline Vallet

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de docteur
en droit

Novembre, 2009

© Caroline Vallet, 2009

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :

La protection des mineurs face à la cyberpédopornographie
Étude comparée entre le droit criminel canadien et français

présentée par :

Caroline Vallet

a été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Pierre Trudel, président-rapporteur

Vincent Gautrais, directeur de recherche

Agathe Lepage, co-directeur

Philippe Achilléas, membre du jury

Valérie Laure Benabou, examinateur externe

Anne-Marie Boisvert, représentant du doyen de la FES

RÉSUMÉ

Les jeunes sont les premiers utilisateurs du réseau Internet. Celui-ci a permis le développement de certains contenus illicites, comme la pédopornographie. Les pouvoirs publics se retrouvent souvent impuissants face à l'évolution de ce phénomène, encore bien méconnu aujourd'hui. D'ailleurs, l'aspect international d'Internet met en concurrence différentes conceptions morales et culturelles qui posent des problèmes, notamment au niveau des définitions des notions.

En outre, les adolescents ont tendance à imiter les adultes et plus spécialement, lorsque cela touche à la sexualité. Pourtant, les législateurs canadiens et français leur imposent certaines restrictions, qu'ils jugent justifiables et raisonnables. Toutefois, ces jeunes vivent entre une société virtuelle (Internet) et réelle gouvernée par une vision sexuée des choses et où le corps humain représente une valeur commerciale à exploiter. C'est ainsi que de nouveaux comportements apparaissent. Pour les supprimer, les mineurs sont devenus la principale catégorie de personnes à protéger en raison de leur vulnérabilité et le lien unificateur qu'ils représentent pour les pays. Ils deviennent ainsi le nouveau fondement de la moralité publique sur le réseau Internet, ce qui permet à l'État d'imposer sa vision morale de la sexualité, et notamment une norme de comportement.

De plus, le droit criminel semble traiter de manière différente les délinquants sexuels qui représentent le groupe à neutraliser en raison du risque qu'ils engendrent. En effet, il semblerait qu'il y ait un certain retour de l'homme dangereux dans nos sociétés contemporaines en mal de sécurité. Il est clair que désormais, il n'est plus acceptable que des personnes présentant un risque réel pour la société puisse faire de nouvelles victimes, en l'occurrence mineure.

Notre étude vise à examiner et à éclaircir les fondements de la rationalité du discours juridique relatif à la réglementation de la cyberpédopornographie. Pour cela, nous nous interrogerons sur l'impact des nouvelles technologies de l'information sur le droit criminel qui a, comme ces dernières, évolué dans nos sociétés contemporaines. Le législateur a été forcé de prendre en compte les nouvelles réalités qui n'existaient pas forcément, il y a quelques années. Le droit criminel, qui représente les mœurs de la société de son époque, semble, par ailleurs, s'orienter vers un droit social de revendication et subjectif.

De nombreuses questions surviennent à savoir : faut-il condamner toutes les formes de pédopornographie au point d'accepter une ingérence importante de l'État dans notre vie intime? N'y-a-t'il pas un certain paternalisme de la part de l'État dans la façon de légiférer dans ce domaine? La morale n'est-elle pas la cause de ce retour à une importante sévérité dans ce domaine? D'ailleurs, ce paternalisme étatique ne montre-t-il pas également l'occasion pour les pouvoirs publics de contrôler, voire surveiller les internautes?

Mots clés : Internet, Mineurs, Morale, Contenus illicites, Protection, Sexualité, Pédopornographie, Pornographie, Procédure, Coopération.

ABSTRACT

Young people are the primary users of the Internet. This has enabled the development of certain illegal content, like child pornography. Governments often find themselves powerless to change this growing phenomenon that is still well unknown. Moreover, the international aspect of the Internet put in perspectives different moral and cultural conceptions causing problems, particularly in term of definitions of those concepts.

In addition, teenagers tend to imitate adults especially when it relates to sexuality. However, Canadian and french law makers impose them some restrictions they consider justifiable and reasonable. Nevertheless, these young people live between a virtual society (Internet) and a real one governed by a sexual oriented view where the human body is see as a commercial value to exploit. As a result, new behaviors are appearing. To neutralize them, minors became the first category that need to be protected because of their vulnerability and the unifying bond that they represent for the country. From now on, they represent the new public morality foundation on the Internet, which let the State impose its moral vision of sexuality, and in particular a behaviour norm.

Moreover, criminal law seems to treat different sex offenders who represent the group to neutralize because of the risk they represent. Indeed, it seems that there is a return of the dangerous man in our contemporary societies in need of security. It is now clear that it is more acceptable for people with a real risk to society could be more victims in this case minor.

Our study aims to examine and clarify the foundations of rationality of legal discourse on the regulation of child pornography on the Internet. For this, we will question the impact of recent news technology on criminal law, which like those last evolved in our contemporary societies. The lawmaker was forced to take into account the new realities that were inevitably not existing few years ago. Criminal law, which represents the morals of the society of his era, seems also to move towards a social right of claim and subjective.

Many questions arise including: does it take to condemn all kind of child pornography so, an important interference of the State in our private life can be accepted? Is there some paternalism from the State in its way of legislating? Is not Morality the cause of this return to a major severity in this area? Moreover, this State paternalism may be an opportunity for the authorities to control, even to watch over the internet users?

Keywords : Internet, Minors, Moral, Illegal content, Protection, Sexuality, Child pornography, Pornography, Procedure, Cooperation.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	I
ABSTRACT	IV
LISTE DES ABRÉVIATIONS	X
REMERCIEMENTS	XII
INTRODUCTION.....	1
PARTIE 1 LES FONDEMENTS DE L'INFRACTION DE PÉDOPORNOGRAPHIE : L'ILLUSOIRE NEUTRALITÉ ET RATIONALITÉ	17
TITRE 1 LA DÉFINITION DE « PÉDOPORNOGRAPHIE » : LES PRÉMICES D'UNE HARMONISATION DIFFICILE	18
Chapitre 1: Le terme « pédo » : le critère arbitraire de l'âge	21
Section1: Le principe de l'incapacité des mineurs : un âge charnière pour plusieurs catégories	21
I. Le critère de l'âge : le fondement de la notion de « mineur ».....	22
A) La catégorie non juridique d'« enfants » : une nouvelle catégorie juridique plus concrète	23
1) La notion voisine d'« enfant » : un concept plus large.....	23
2) La définition d'un « mineur » : l'âge de la majorité.....	24
B) La catégorie d'« adolescents » : un éclaircissement.....	27
1) L'absence de la notion « d'adolescent » en droit français : une multitude d'âges	28
a) En droit pénal	28
b) En droit civil.....	29
2) Une catégorie définie expressément par le droit canadien	30
a) En droit criminel.....	31
b) En droit civil québécois.....	32
II. Le passage d'une irresponsabilité à une responsabilité : les effets de la majorité fondée sur l'âge	33
A) Une incapacité juridique de principe : un consentement invalide.....	33
1) Une protection à valeur universelle	33
2) Les effets : une irresponsabilité et une soumission à l'autorité parentale	36
B) Des aménagements législatifs ou jurisprudentiels : une cacophonie de capacité juridique	38
1) Un âge différent selon les actes	38
a) L'âge de l'émancipation : une pleine capacité	39
b) L'âge des actes de la vie courante : une incapacité partielle.....	39
2) La conciliation avec l'autorité parentale : la responsabilité civile et pénale des parents.....	41
Section2: Un âge différent en matière sexuelle : la reconnaissance d'une majorité sexuelle	46
I. La disparité des majorités sexuelles : un problème majeur pour la coopération.....	47
A) L'âge du consentement à une relation sexuelle : souvent plus précoce	47
1) En droit pénal français : l'importance du consentement	48
2) En droit criminel canadien : une majorité sexuelle bien définie.....	51

B) Un âge charnière différent pour la pornographie	55
II. Une liberté sexuelle limitée pour les adolescents	57
A) Le contrôle des relations sexuelles avec des majeurs	57
B) Une liberté sexuelle limitée dans son contenu	60
Chapitre 2: La « pornographie » : une notion à contenu variable	64
Section1: Une définition obscure	65
I. Un champ sémantique vaste	66
A) Le lien étroit entre « pornographie » et « obscénité »	66
B) La référence aux « bonnes mœurs » et à l'« érotisme »	71
1) Les similitudes entre « bonnes mœurs » et « pornographie »	71
2) La différence avec l'« érotisme »	75
II. Une notion insaisissable : une tentative de définition	79
A) Les critères objectifs de la pornographie	80
1) Un comportement sexuellement explicite	80
2) Dans un contexte à dominance sexuelle	82
B) Les comportements justifiant la censure juridique	85
1) Les contenus à caractère violent ou dégradant	85
2) La protection des personnes vulnérables	87
a) Contre l'exploitation de la faiblesse	87
b) Contre la diffusion de comportements sexuellement explicites	88
Section2: L'association de « pédo » et « pornographie » : un consensus possible.....	90
I. L'interchangeabilité des notions : un facteur négatif	91
A. Les notions dérivées ou voisines	91
B. L'amalgame avec certaines notions	93
1) La pédophilie	93
2) L'inceste	95
II. L'annonce d'une harmonisation	98
A) Les règles communes	98
B) Les points de désaccords	101
TITRE 2 LA CONCILIATION DE L'ORDRE PUBLIC AVEC LES LIBERTÉS : UNE MORALE	
SEXUELLE DÉGUISÉE	106
Chapitre 1: Le déclin de l'ordre public de direction au profit d'un nouvel ordre public	
moral.....	108
Section1: La notion concurrente de « dignité de la personne humaine »	109
I. L'utilisation d'une notion polysémique en droit criminel	110
A) L'affirmation du principe de la dignité de la personne humaine : vers un	
changement de paradigme	111
1) Une apparition timide : un concept à coloration morale	111
2) Le lien avec les droits de l'homme : l'interdiction de dégrader et déshumaniser la	
personne humaine	117
B) La distinction fondamentale : le parallèle avec l'ordre public	121
1) La dignité universelle : une protection objective	122
2) La dignité personnelle : une protection subjective	128
II. L'impact sur la liberté sexuelle : l'ambivalence de la dignité de la personne humaine	
.....	135
A) Le critère de « l'autonomie de la personne » : le fondement du droit en matière	
sexuelle	135
1) Une liberté sexuelle consensuelle : la liberté de disposer de son corps	136
2) La liberté sexuelle : une partie intégrante de la vie privée	142
B) L'encadrement de la dignité personnelle : au nom de la sécurité des personnes ..	145
1) La limite fondée sur le critère du « préjudice » : de la morale déguisée	146

2) La protection des personnes vulnérables : un but légitime pour contrôler la sexualité	151
Section2: La protection traditionnelle de la « moralité publique » : le fondement de l'ordre public.....	154
I. Une neutralité morale difficile à obtenir	155
A) Le critère de la « norme sociale de tolérance » : le préjudice d'un vaut pour tous	156
B) Une réelle corrélation entre le droit et la morale : contrecarrer la perte de repères moraux et culturels	161
II. L'emploi de critères pluridisciplinaires : une subjectivité flagrante.....	166
A) Les critères intrinsèques : l'importance des caractères personnels	166
B) Les critères extrinsèques : l'environnement pris en compte	169
Chapitre 2: Les entraves substantielles aux libertés individuelles.....	173
Section1: L'essor de l'ordre public de protection : le nouveau critère de la « protection des mineurs »	174
I. Le respect de la dignité du mineur : le fondement de l'ordre moral	175
A) Le changement de paradigme : la protection des mœurs du mineur	176
B) L'effet symbolique : une moralité sexuelle pour tous	177
II. Un moyen de censure considérable.....	180
A) Le contrôle de la pornographie sur Internet : la nouvelle menace	181
B) Des abus possibles au nom de l'intérêt supérieur du mineur	183
Section2: Une liberté d'expression restreinte : le problème des immunités légales....	185
I. Des moyens de défense en voie de diminution	187
A) L'évolution des immunités légales : vers une intolérance de la représentation pornographique d'un mineur	187
1) Les moyens de défense traditionnels : la diminution du champ d'application..	188
2) Le problème relatif aux arts : un compromis difficile	192
B) L'importance de l'âge de la personne représentée : la « pseudo-pédopornographie »	196
II. Le compromis nécessaire avec le droit au respect de la vie privée.....	198
A) L'exposition de la vie intime : un réel dilemme	199
B) La vie privée diminuée au profit de la sécurité : le paradoxe contemporain.....	206

PARTIE 2 LES EFFETS DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION SUR L'INFRACTION DE PÉDOPORNOGRAPHIE213

TITRE 1 L'AMPLEUR DE LA PROTECTION DE L'INFRACTION DE DROIT COMMUN DE PÉDOPORNOGRAPHIE216

Chapitre 1: La protection classique du mineur réel : la « pédopornographie réelle » ...218

Section1: L'infraction de « pédopornographie active » : la protection de la personne du mineur réel

I. Le lien avec la lutte contre l'exploitation sexuelle.....	219
A) L'incrimination de la pédopornographie réelle active	220
B) Des conséquences importantes pour les victimes.....	223
II. La lutte contre la mise en réseau du matériel.....	227
A) Les critères de la diffusion et de la publication.....	227
1) La qualification de l'infraction de production et de distribution sur Internet....	228
2) Le particularisme français : la circonstance aggravante d'Internet	232
B) L'apparition de nouveaux comportements	234
1) Les nouvelles menaces : un moyen de rencontre pour les amateurs de pédopornographie	234
2) Les nouvelles infractions : prévenir le recrutement et le conditionnement	238

Section2: L'infraction de « pédopornographie passive » : la protection de « l'image » du mineur réel	244
I. L'incrimination du simple consommateur	245
A) L'infraction de possession ou de détention	246
1) L'élément matériel : le fait de posséder ou détenir du matériel pédopornographique	247
2) L'élément moral : les critères de consentement, de contrôle et de connaissance	252
a) La preuve de l'intention de posséder ou de détenir	253
b) L'absence de possession en cas de simple consultation	255
B) L'éventualité d'un lien de causalité entre l'exploitation sexuelle des mineurs et la consommation de pédopornographie	258
II. La création du délit de curiosité répétée	260
A) La consultation habituelle de pédopornographie	261
B) La création de l'infraction de voyeurisme	263
Chapitre 2: La nouvelle protection du mineur virtuel : la « pédopornographie virtuelle »	266
Section1: L'interdiction des représentations virtuelles et imaginaires	267
I. La prohibition controversée de la « pédopornographie virtuelle »	268
A) Le cas de la « pseudo-pédopornographie »	268
B) L'immatérialité de l'infraction	272
1) Le débat sur l'absence de mineurs réels exploités sexuellement	272
2) Le choix du Canada et de la France	275
II. L'impact de l'apparition des « victimes virtuelles » dans le droit criminel	279
A) La discussion relative au statut juridique d'un avatar	280
B) Les conséquences sur l'application du droit criminel	284
Section2: Tout autre support prohibé : vers une absence totale de risque pour le mineur	288
I. La possibilité d'incriminer les supports non visuels	288
A) L'incrimination expresse en droit canadien des écrits et des enregistrements sonores	289
B) La parade législative du droit français	291
II. La protection des mineurs contre tout « risque indu »	293
A) La discussion sur le sens de l'expression « risque indu »	293
B) L'apogée de la protection des mineurs : la liberté versus le risque	295
TITRE 2 LE RENFORCEMENT ET L'ADAPTABILITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE CRIMINEL AU RÉSEAU INTERNET	299
Chapitre 1: Le passage d'une procédure criminelle « papier » et nationale à une procédure « électronique » et internationale	302
Section1: Le renforcement des pouvoirs d'enquête : une procédure numérisée et spécialisée	303
I. Une adaptation législative et jurisprudentielle : « papier » versus « électronique »	304
A) L'aménagement des instruments procéduraux	305
1) L'évolution des moyens d'investigations des policiers	306
a) Le développement des enquêtes en ligne	308
b) Les interceptions de communications électroniques privées	315
2) Le développement des moyens d'accès au matériel répréhensible à distance	323
B) La neutralité technologique du droit criminel: le dilemme entre la prévisibilité technique et juridique	330
1) Un concept à interprétations multiples	331
2) L'exigence de prendre en compte les spécificités de la technologie	335
II. L'internationalisation du droit criminel : vers une coopération en expansion	338

A) La présence de multiples discordes.....	339
B) Un certain consensus moral : un droit pénal international en construction.....	341
Section2: Une certaine sévérité et médicalisation des peines	343
I. Le retour de l'homme dangereux	346
A) Un régime dérogatoire fondé sur le critère de la dangerosité	348
B) L'évaluation du risque de dangerosité pour déterminer la peine	359
II. L'instauration d'un régime « médico-juridique » : la neutralisation des délinquants sexuels dangereux.....	362
A) Le changement épistémologique des peines	364
1) Les interdictions et les obligations assorties à la peine	366
2) Les mesures de sûreté, privatives de liberté	370
B) Les expertises : la concurrence de la science et de la justice	378
Chapitre 2: L'essor d'un partenariat public/privé dans la lutte contre la pédopornographie	384
Section1: L'aide du secteur privé et de la société civile	385
I. La consécration du « principe du multipartenariat »	386
A) La réappropriation sociale du droit par la société civile	388
B) La légitimation de la répression : la protection des mineurs victimes contre tous risques	391
II. La soumission des acteurs privés au « principe de précaution ».....	393
A) Le concept de « précaution » : la prévisibilité d'un préjudice	394
B) L'exonération partielle de la responsabilité de l'État: l'implication des professionnels.....	397
Section2: La suprématie des acteurs publics	400
I. Les fondements du droit criminel : l'effet symbolique de la loi	401
A) La protection de la moralité publique	402
B) La protection de la société.....	406
II. La remise en cause de l'État de droit	408
A) Le faux changement de paradigme : la normalisation des comportements.....	409
B) L'apparition de l'État-sécurité par le biais du droit criminel	410
BIBLIOGRAPHIE.....	421

LISTE DES ABRÉVIATIONS

A.J.: Alberta Judgments

A.J. Pénal : Actualité Juridique Pénal (Dalloz)

B.C.J.: British Columbia Judgments

Bull.civ.: Bulletin civil de la Cour de cassation

Bull.crim.: Bulletin criminel de la Cour de cassation

CA : Cour d'appel (France)

C. de D. : Cahiers de Droit

C.cass.crim : Cour de cassation, chambre criminelle

C.cass.civ : Cour de cassation, chambre civile

C.C.C. : Canadian Criminal Cases

C.c.Q. : Code civil du Québec

C.civ.fr. : Code civil français

C.const. : Conseil constitutionnel (France)

C.crim. : Code criminel canadien

C.pén. : Code pénal français

C.p.p. : Code de procédure pénale française

CE : Conseil d'État (France)

CEDH : Cour européenne de justice

Comm.com.électr. : Communication, commerce électronique

Conv.EDH : Convention européenne des droits de l'homme

CNIL : Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

C.R. : Criminal Reports

D. :Dalloz

dir. : sous la direction de

D.I.T. : Droit de l'informatique et des télécoms

Dr. Pénal : Droit Pénal (dallos)

Duke L. & Tech. Rev. : Duke Law and Technique Review

éd. : Édition

Gaz.Pal. : Gazette du Palais

J.C.P. : Jurisclasseur Périodique

J.du B. : Journal du Barreau

J.E. : Jurisprudence Express

J.O. : Journal Officiel de la République française

J.O.C.E. : Journal Officiel de la Communauté Européenne

J.Q.: Jugements du Québec

L.C. : Lois du Canada (depuis 1987)

L.G.DJ. : Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence

L.Q. : Lois du Québec (depuis 1969)

L.R.C. : Lois Refondues du Canada (depuis 1985)

L.R.Q. : Lois Refondues du Québec (depuis 1977)

M.J.: Manitoba Judgments

N.J.: Newfoundland Judgments

O.J.: Ontario Judgments

O.R.: Ontario Reports

P.U.F. : Presses Universitaires de France

Q.B.D. : Law Reports Queen's Bench Division

R.C.S. : Recueil de la Cour Suprême du Canada

Rev.dr.pén. : Revue de droit pénal

Rev. Sc. Crim. : Revue de sciences criminelles

Rev.trim.dr.fam. : Revue trimestrielle du droit de la famille

R.J.E.L. : Revue juridique des étudiants de l'Université Laval

R.J.Q.: Recueils de jurisprudence du Québec

R.J.T. : Revue juridique Thémis

R.Q.D.I : Revue québécoise de droit international

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

R.T.N.U. : Recueil des traités des Nations Unies

TGI : Tribunal de Grande Instance

TI : Tribunal d'Instance

Trib.corr. : Tribunal correctionnel (France)

U.S.: United States Supreme Court Reports

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer mes remerciements les plus sincères à mes deux directeurs, les professeurs Vincent Gautrais et Agathe Lepage, qui par leurs disponibilités et leurs commentaires ont permis l'achèvement de cette thèse; ainsi qu'aux professeurs qui m'ont soutenu et se sont toujours montrés présents, lorsque j'avais des questions.

Je souhaiterais également remercier ma famille, pour leur soutien et leurs encouragements; ainsi que mes amis qui ont pris part à cette aventure, et plus particulièrement : Julie Beatrix, Nelly Brard, Cécile Cadet, Delphine Delsahut, Catherine Guillaume, Dimitri Nogues, Paolo et Rita, Karina Thach, Isabelle Tourrou, Thuy Nam Trân Tran et Woody.

*Ceux qui sont prêts à sacrifier un peu de liberté en échange d'un peu
de sécurité ne méritent ni l'une ni l'autre*
Benjamin FRANKLIN

*Toute société qui prétend assurer aux hommes la liberté,
doit commencer par leur garantir l'existence*
Léon BLUM

INTRODUCTION

Le droit est, en principe, une science qui évolue avec son temps et actuellement, nous sommes dans une époque qui s'inscrit dans la rapidité et le changement. Les nouvelles technologies de l'information représentent aujourd'hui un enjeu important que le législateur et les tribunaux ne peuvent pas passer sous silence. Elles obligent à appréhender le droit de manière différente. En effet, elles touchent toutes les branches du droit. Désormais, il est facile de passer un contrat électronique, d'acheter, d'entreprendre, voire de commettre des infractions dans le monde virtuel. Un parallèle avec le monde réel est donc assez évident. Toutefois, des particularités propres aux nouvelles technologies sont à prendre en compte et diffèrent des procédés traditionnels. En effet, en droit de la preuve, il est désormais possible de constituer en preuve des supports électroniques comme des CD, des clés USB ou des documents électroniques. Ceux-ci étant l'équivalent papier¹. De nouveaux enjeux et risques sont présents à savoir que la séparation entre le secteur privé et public est brouillée ce qui pose certains problèmes notamment au niveau des renseignements personnels², la diffusion est banalisée et touche un plus grand nombre de personnes.

Le monde d'aujourd'hui est inévitablement marqué par les nouvelles technologies de l'information qui se sont développées et démocratisées de manière considérable dans de

¹ Voir : Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique : qu'en pensent les juges ?*, blogue, Montréal, 1^{er} nov. 2006, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Neutralite-technologique-qu-en>>, (consulté le 23 sept. 2009); Éric A. CAPRIOLI, « Que veut dire neutralité technologique? Du concept au principe général du droit », Conférence *Droit du commerce électronique: un droit différent?*, Montréal, 2 oct. 2008, en ligne: <www.gautrais.com/IMG/ppt/SeminaireQuebec_Pres021008.ppt>, (consulté le 23 sept. 2009).

² Voir : Pierre TRUDEL, « Vers de nouvelles approches pour garantir la protection de la vie privée dans un monde en réseaux », dans Colloque *Devenir, aujourd'hui, l'avocat de demain!*, Legal IT, Droit et technologies de l'information, Montréal, Éd. Yvon Blais, 21 avril 2008, p. 1-25; Vincent GAUTRAIS, « Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle », (hiver 2004) 9 *Lex Electronica* n°2, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais2.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009); Vincent GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, Conférence *Vie privée et interconnexions : vers un changement de paradigme?*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Ivry sur Seine, 5 juin 2003, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais2.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009); COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), *Internet et la collecte des données personnelles auprès des mineurs*, présenté par Cécile ALVERGNAT, 12 juin 2001, en ligne : <<http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/rapports/mineurs.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009).

nombreux pays, comme le Canada et la France. Internet³, le réseau des réseaux, représente une gigantesque toile d'araignée informatique qui permet aux gens du monde entier de communiquer entre eux. Autrement dit, il a indiscutablement changé l'art de communiquer et de se comporter. En effet, les frontières sont abolies, il n'y a pas de pouvoir centralisateur, l'anonymat est très présent et les informations sont volatiles et circulent librement sans limites pour un coût quasiment nul. Dès son origine, l'idée de liberté dans les échanges s'est installée. C'est ainsi que les contraintes du marché et les pressions des grandes entreprises commerciales sont placées hors de la conception parfois utopique des chercheurs. Ils veulent imposer leurs idéaux basés sur le partage de l'information, sur un accès universel aux ordinateurs ainsi que sur la liberté et la gratuité attachée à cette information. Le cyberspace devient en quelque sorte un espace de liberté absolue où, encore de nos jours, certains internautes le revendiquent. Cette philosophie, encore bien ancrée sur Internet et défendue par de nombreux utilisateurs, entrave parfois la mise en place d'un minimum de barrières à cette liberté illimitée, souvent source d'infractions. En effet, même si ce média est devenu un lieu propice à l'échange, aux rencontres et à la liberté d'une partie importante de la population, il est également la source de déviances et de nombreuses illégalités. D'ailleurs, ces caractéristiques spécifiques ont, pour conséquence, de susciter la crainte d'une partie de l'opinion publique qui souhaiterait que les risques soient minimisés, notamment pour les mineurs, premiers utilisateurs.

Le premier des risques relève du domaine de la sexualité. En effet, qui, de nos jours, n'a pas entendu parler du phénomène de la pédopornographie diffusé sur le réseau Internet ou des différentes affaires surmédiatisées relative à la pédophilie ou au tourisme sexuel faisant des mineurs les principaux partenaires sexuels. Il s'avère difficile actuellement de ne pas avoir été confronté ou d'avoir été sensibilisé à la « chasse » aux images mettant en scène sexuellement des mineurs. La presse se fait une joie d'exposer, dans tous ces détails, ces divers faits d'exploitation sexuelle de mineurs qui émeuvent l'opinion publique au plus haut point. Le sensationnisme et l'émotivité sont les deux éléments privilégiés. La sexualité devenant le pire des maux de notre temps et plus spécialement, lorsqu'elle met en scène un

³ Internet fût inventé en premier lieu à des fins militaires par l'ARPA (U.S. Defense Department's Advanced Research Project Agency) dans les années 1960, pour finalement être repris et développé par les chercheurs et universitaires américains. Le premier réseau d'ordinateurs dans le monde fût baptisé ARPANET. Il relia certaines universités américaines, afin qu'elles puissent communiquer entre elles. Ensuite, ce système fonctionnant parfaitement, fût développé pour le rendre accessible à tous. C'est ainsi qu'Internet est apparu et les questions relatives à sa réglementation.

adulte et un mineur⁴. Sexualité et enfance ne font pas bon ménage dans nos sociétés. Ils pourraient même être qualifiés d'antagonismes. Le mineur, soit l'enfant, se retrouve, bien malgré lui, au centre des débats et des médias. Il devient un enjeu dans nos sociétés protectrices, voire à tendance sécuritaire. D'ailleurs, une question se pose quant à cet engouement pour l'infraction à caractère sexuel de pédopornographie. En effet, est-ce l'accessibilité à ce matériel qui a produit une perception amplifiée de sa présence ou y-a-t'il vraiment un nombre impressionnant d'images mettant en scène sexuellement des mineurs au point d'en voir facilement? La réponse est négative à la plus grande surprise. Il s'avère difficile de trouver des images pédopornographiques en surfant sur Internet notamment au moyen de navigateurs comme « Google » ou « Yahoo »⁵. La philosophie actuelle semble pourtant s'orienter vers, plus on en parle, plus on a l'impression qu'elle augmente sur le réseau Internet. Or, aucune étude n'a démontré que le nombre de « prédateurs sexuels » avait augmenté avec cette nouvelle technologie et la plupart des études menées énoncent qu'il n'est pas si simple de trouver de la pédopornographie sur Internet⁶. Il faut faire partie, la plupart du temps, de clubs privés pour obtenir de telles images. Il s'agit essentiellement de groupes clandestins. Bien sûr, il est possible d'être en présence de pédopornographie de manière fortuite ou pouvant servir d'« hammeçonnage » pour commettre d'autres infractions afin d'amener l'internaute vers un autre site majeur ou pour lui voler ses renseignements personnels⁷. De ce fait, il s'avère difficile, encore aujourd'hui, de quantifier ce phénomène et de le comprendre afin de le traiter de manière efficace.

Par contre, il est sûr et certain que le réseau Internet a apporté avec lui la création de nouveaux comportements ou plus exactement a facilité certains d'entre-eux qui peuvent porter gravement atteinte à la personne mineure. En effet, en étant les premiers utilisateurs

⁴ La sexualité des enfants est un sujet encore tabou, malgré les travaux effectués par Freud en 1905 avec notamment son livre *Trois essais sur la théorie sexuelle* (Paris, Folio essais, 1987).

⁵ Patrice CORRIVEAU, Francis FORTIN et Catherine BERNARD, « Google et Yahoo : des outils classiques de la recherche de pornographie juvénile? », 5^{ème} Colloque sur la cybercriminalité, Montréal, 26-27 mai 2009.

⁶ *Id.* « Celui qui trouve de la pornographie juvénile aura fait un effort pour y parvenir (pas par inadvertance) » et « [l]a distribution de pornographie juvénile ne semble pas s'effectuer principalement par l'entremise des moteurs traditionnels de recherche ».

⁷ Par exemple, le procédé de la publicité intrusif, comme le « spamming » ou le « pollupostage » (« Action d'inonder de nombreux groupes de nouvelles Usenet ou groupes de discussion utilisant Internet, avec le même message, inutile, souvent provocateur et sans rapport avec le sujet de discussion, causant ainsi une véritable pollution des réseaux » (Office québécois de la langue française, en ligne : <<http://www.oqlf.gouv.qc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009))) est largement utilisé par les sites pornographiques. Ces messages ne conviennent pas à n'importe quel public et les premières victimes sont généralement les mineurs.

d'Internet, ils sont devenus la catégorie de personne à protéger quels que soient les droits fondamentaux mis en balance. D'ailleurs, ils ont souvent été traités de manière différente par le législateur qui a toujours fait preuve d'une grande protection à leur égard⁸, plus que pour les adultes, du fait de leur fragilité et leur âge⁹. C'est ainsi que, par l'effet de l'imitation, ils ont tendance à reproduire ce que font les adultes et plus spécialement, lorsque cela touche à la sexualité. Pourtant, les législateurs canadiens et français leur imposent certaines restrictions qu'ils jugent justifiées et raisonnables. Toutefois, ces jeunes vivent dans une société virtuelle ou réelle gouvernée par une vision sexuée des choses et où le corps humain représente une valeur commerciale à exploiter. En outre, les scènes sexuelles entre adultes sont de plus en plus violentes et déshumanisantes ce qui a pour conséquence d'augmenter le niveau d'acceptation et de tolérance de la société. Le développement des nouvelles technologies de l'information a permis celui de la libéralisation sexuelle, dont la pornographie qui est légale mais limitée quant à sa diffusion, mais aussi de la pédopornographie qui est par contre illégale dans de nombreux pays. En effet, dans celle-ci le mineur se retrouve à avoir un rôle actif. Autrement dit, il est exploité sexuellement. Les nouveaux procédés de fabrication de ce matériel permettent de créer facilement des images à caractère sexuel de personne mineure et de les diffuser à un large public sur Internet. N'importe qui peut ainsi être éditeur et quelque soit son âge en raison de la facilité d'utilisation de cette technologie. Par conséquent, des mineurs peuvent mettre en ligne des images pédopornographiques d'eux-mêmes ou de leurs pairs. Or, la présence de ce matériel sur le réseau serait contraire à la loi aussi bien canadienne¹⁰ que française¹¹. Ce qui est donc devenu surprenant, c'est que le mineur peut être aussi bien une victime d'abus sexuel qu'un exploiteur sexuel. Ceci peut s'expliquer par cet engouement envers les contenus relatifs au sexe. Les jeunes ont trouvé, dans ce média, un moyen d'exprimer leurs

⁸ La doctrine *parens patriae* qui reconnaît le pouvoir aux Institutions de l'État d'intervenir pour protéger les mineurs en situation de risques. Voir : Jacques FORTIN et Louise VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 162 et suiv.

⁹ *Infra*, p. 302. Les mineurs ont donc toujours été soumis à un régime dérogatoire au droit commun : loi extraterritoriale, possibilité de poursuivre sans plainte, suivi socio-judiciaire, prescription plus longue, fichier d'empreintes génétiques...

¹⁰ *Code criminel*, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c.2 (1^{er} supp.), (ci-après « C.crim. »), art. 163.1 et suiv.

¹¹ *Code pénal français*, 106^e édition, Paris, Dalloz, 2009, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091003>>, (consulté le 23 sept. 2009), (ci-après « C.pén. »), art. 227-23 et 227-24.

désirs sexuels en reproduisant les comportements sexuels des adultes visibles dans les divers sites pornographiques diffusés sur Internet¹².

En outre, cette libéralisation sexuelle de toutes les tranches d'âge de la société a engendré de nouvelles préoccupations. En effet, les mineurs se retrouvent, depuis peu, sollicités à pratiquer des activités sexuelles explicites avec des personnes majeures. Cette nouvelle tendance provoque une certaine peur et crainte du réseau de la part des parents qui souhaitent protéger leurs progénitures. La pression sociale produite par l'opinion publique s'amplifie et demande plus de sécurité sur le réseau. Or, le terme de « société sécuritaire » n'a rien de nouveau. Michel Foucault avait prédit l'avènement d'une telle société et il mettait en garde contre la tentation à légiférer à l'encontre de certains comportements sexuels qui ne correspondent pas à l'idéologie libérale¹³. Face à cette déferlante libéralisation sexuelle, une vague de moralité s'est déversée sur la société afin de la contrer¹⁴. Des mouvements de régulation de l'activité sexuelle ainsi que des prescriptions et des proscriptions sexuelles sont mis en place¹⁵. Nous sommes actuellement dans une société paradoxale. En effet, d'un côté, nous avons une libéralisation de la sexualité, et de l'autre, une « volonté de punir »¹⁶ de plus en plus visible. Autrement dit, il y a une volonté de protéger les plus faibles de certains risques. Par conséquent, même si la pédopornographie a toujours plus ou moins existé, il n'en reste pas moins que le réseau Internet a « facilité la mise en place de nouvelles ramifications de réseaux [pédophiles] déjà établis ainsi que l'échange de documents entre leurs membres »¹⁷ mais également le

¹² Les jeunes pensent que la pornographie représente la réalité des rapports sexuels entre personnes. Voir : Michela MARZANO et Claude ROZIER, *Alice au pays du porno - Ados : leurs nouveaux imaginaires sexuels*, Paris, Éd. Ramsay, 2005.

¹³ Michel FOUCAULT, « La loi de la pudeur » (avril 1979) 37 *Recherches*.

¹⁴ L'étude de l'histoire de la société à propos de la sexualité permet de démontrer qu'elle se répète sans cesse. Ce qui veut dire que les civilisations évoluent selon des cycles bien définis. Elles passent d'un opposé à l'autre, de la répression à la liberté, d'une époque à l'autre. Par exemple, à l'époque de la Grèce Antique, la sexualité était assez libre pour finalement redevenir un interdit avec l'arrivée de la religion pour ensuite, s'inscrire dans une liberté sexuelle pour finalement, revenir, de nos jours, à une certaine répression. Voir : Maryse JASPARD, *Sociologie des comportements sexuels*, Coll. Repères, Paris, Éd. La Découverte, 2005; Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Paris, Éd. Bréal, 2005; Michela MARZANO, *Malaise dans la sexualité : le piège de la pornographie*, Paris, JC Lattès, 2006; Daniel BORRILLO, *Le droit des sexualités*, Paris, PUF, 2009; Michel FOUCAULT, *Histoire de la sexualité 1 : La volonté de savoir*, Saint-Amand, Tel Gallimard, 2001, p. 71 et suiv.

¹⁵ *Id.*, D. BORRILLO; *Id.*, M. FOUCAULT.

¹⁶ Termes empruntés à Denis SALAS dans son ouvrage *La volonté de punir: Essai sur le populisme pénal*, (Paris, Hachette Littératures, 2005).

¹⁷ Frédéric-Jérôme PANSIER et Emmanuel JEZ, *La criminalité sur Internet*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2001, p. 88.

recrutement de victimes potentielles. Il a ainsi simplifié leurs pratiques. C'est pour ces différentes raisons que des lois, nouvelles ou modifiées, mais plus sévères, sont entrées en vigueur afin de remédier aux différents problèmes que suscitent cette forme de pornographie. Toutefois, l'État montre certaines difficultés à contrôler de manière efficace ces contenus et, donc, à protéger les mineurs de potentiels abus sexuels. Les lois n'étant que nationales alors que les crimes sont transfrontières.

Le droit et la sexualité sont des sujets en quelque sorte antinomiques. L'un s'inscrit dans le raisonné et l'objectif alors que l'autre, dans le ressenti, l'irrationnel et l'émotion. Ils sont ainsi aux antipodes de l'un de l'autre. La sexualité possède des frontières très imprécises qui touchent à des sentiments humains complexes et évolutifs¹⁸ ce qui implique que le droit a toujours eu du mal à légiférer et à garder un discours social stable et cohérent sur la sexualité¹⁹. D'ailleurs, le droit est perçu traditionnellement comme étant austère, puritain et conservateur²⁰. L'objet de notre recherche vise à essayer de dégager les rationalités juridiques qui ont conduit à l'adoption de la réglementation relative à la pédopornographie mais également celles qui sont plus obscures et pas forcément juridiques. Nous voulons ainsi restituer au droit sa réalité vivante au moyen de différents fondements théoriques et critiques. Cet objectif, qui est de déterminer le droit positif qui régit la société selon des principes directeurs déterminés, ne peut s'accomplir que par le biais de la théorie du droit. Nous optons pour une théorie critique du droit qui inclut une approche dogmatique et sociologique du droit. C'est ainsi que notre travail va tenter, pour commencer, de mettre en lumière le discours juridique lui-même par le biais de la dogmatique juridique (perspective interne)²¹, pour finalement restituer au droit son « enracinement social et humain »²² à

¹⁸ « Assurément, la régulation du commerce sexuel demeure un enjeu sociétal important, en même temps qu'elle mobilise les affects et les fantasmes individuels les plus profonds » (François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 9).

¹⁹ *Id.* : « Les rapports du sexe et de la loi ont été, dans l'histoire, tantôt étroits, tantôt lâches, mais ils ne se sont jamais rompus; toujours la société a dû gagner sa cohésion au prix de certaines formes de contrôle, voire de répression, de l'activité sexuelle ».

²⁰ Tristan DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, LexisNexis Canada, 2007, p. 1.

²¹ « La dogmatique juridique est la science qui s'occupe de la signification conceptuelle des normes qui composent un système juridique déterminé. Son rôle est donc d'interpréter le droit en vigueur en vue de son application concrète tout en construisant un système conceptuel aussi cohérent et complet que possible. Son objet d'étude est l'ensemble des normes juridiques formellement valides ; son but est de systématiser et de structurer le contenu conceptuel de cet ensemble au moyen de concepts juridiques » (André-Jean ARNAUD et Jean FARINAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruylant,

l'aide de la sociologie du droit (perspective externe)²³. Comme l'énonce l'auteur Jean Carbonnier, « entre la dogmatique et la sociologie du droit, la différence ne tient pas à l'objet : c'est la différence du point de vue, d'angle de vision. Le même objet que le droit dogmatique analyse du dedans, la sociologie du droit l'observe du dehors »²⁴.

La perspective interne est la démarche classique du droit dont le modèle de légitimation est le positivisme juridique. Celui-ci « fait appel à un discours et à des critères de validité que l'on ne peut ignorer »²⁵ dans une étude dont le droit est l'objet principal. Elle « tend à expliquer le droit par le droit »²⁶ sans prendre en compte d'autres réalités sociales. Nos sources principales vont alors être la législation, la jurisprudence et la doctrine. Afin de critiquer la législation relative à la pédopornographie, il est important de connaître le contenu du droit par rapport à la volonté du législateur et l'interprétation faite par les juges. C'est ainsi qu'il faut au préalable recourir au positivisme juridique qui institue un monisme étatique dont l'État a le seul monopole de la création du droit et de la sanction. Ce monopole étatique de la répression se justifie par la définition même du droit criminel dont l'État est seul compétent. Ceci s'explique par le fait que l'infraction constitue une atteinte à l'ordre public et non à la simple victime. C'est pour cette raison que l'État a le droit d'intervenir.

Dans la perspective externe, nous allons étendre notre étude vers une analyse plus centrée sur les rapports entre le droit et la société par le biais de la sociologie du droit. Par conséquent, la sociologie du droit est la discipline qui va permettre de prendre en compte la réalité sociale sous-jacente à la réglementation de la pédopornographie circulant sur le réseau Internet. Le contexte social dans lequel se développe cette réglementation, l'évolution des mœurs et les effets pratiques qu'elle produit seront donc étudiés. Dans ce

Bruxelles, 1998, p. 6 ; Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004; Olivier CORTEN, « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », (1998) 39 *Droit et Société* 347-370, 354).

²² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, préc., note 18, p. 13.

²³ « L'interdisciplinarité, en particulier le passage par une étape qui relève de la dogmatique juridique et de la théorie du droit, s'avère dans ce contexte indispensable, pourvu que le droit reste bien l'objet de l'analyse... » (O. CORTEN, préc., note 21, 361).

²⁴ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 17.

²⁵ O. CORTEN, préc., note 21, 359 : « On imagine mal en effet étudier les rapports entre le droit et la société sous l'angle des phénomènes de légitimation sans être amené le cas échéant à interpréter les normes juridiques directement invoquées par les acteurs sociaux, et appréhender dans ce cadre les modèles de référence du système juridique auquel il est fait appel ».

²⁶ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21.

dessein, nous allons nous interroger sur, d'une part, la rationalité juridique de cette législation, et d'autre part, sur l'absence de monisme étatique sur le réseau Internet qui doit composer avec tous les acteurs du réseau. C'est ainsi que notre démarche s'engage dans une recherche critique pluridisciplinaire, dans laquelle seront mis en exergue les fondements de la rationalité²⁷ du discours criminel relatif à la réglementation de la pédopornographie circulant sur le réseau Internet. Les aspects sociaux et politiques sont donc très présents dans l'adoption de ces règles de droit. En effet, le domaine de la sexualité fait intervenir des éléments irrationnels qui influencent plus ou moins, selon la société, le droit. C'est pour cette raison qu'il est intéressant d'essayer de comprendre le discours juridique en matière criminelle. Pour analyser la « rationalité juridique »²⁸ de la réglementation de la pédopornographie circulant sur le réseau Internet, il faut se référer aux propos de Pierre Trudel qui énonce que cette analyse « doit se faire à la fois au niveau macro-juridique et au niveau micro-juridique »²⁹. Appliqué à notre travail, l'analyse macro-juridique représente les motifs qui ont poussé le législateur à légiférer dans le domaine de la pédopornographie. Le premier objectif est la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants³⁰. Le but serait donc de diminuer ce marché en expansion grâce au

²⁷ « Le cadre juridique de toute activité repose nécessairement sur des valeurs au nom desquelles émergent des demandes afin d'en régir certains aspects. C'est cela que nous appelons « rationalités » et « [l']intervention de l'État ne va pas nécessairement de soi. Les règles de droit doivent, plus que jamais, reposer sur des justifications. Les valeurs qu'on essaie de défendre par le recours au droit forment un ensemble de rationalités qui sont présentes dans les argumentations justifiant les règles de droit et les mesures réglementaires qui sont prises à l'égard des multiples aspects du fonctionnement des activités sujettes à réglementation. (...) Les rationalités des règles de droit résultent certes au premier chef de la perception des réalités qui font un certain degré de consensus. À cet égard, le rôle des imaginaires, mythes, croyances et inquiétudes qui se font jour dans la société à un moment donné paraît tout à fait déterminant de la forme et de la teneur de plusieurs règles de droit » (Pierre TRUDEL, *La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation Éléments d'un modèle*, Cours DRT 6929, Droit des technologies de l'information avancé (Protection des données personnelles et santé), Faculté de droit, Université de Montréal, en ligne : <<http://www.crdp.umontreal.ca/cours/drt6929a/Rationalites-techregl.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

²⁸ Le terme « rationalité juridique » dans son sens large, « vise le mode de fonctionnement global du discours juridique, la précompréhension qui guide ses utilisateurs. Nous sommes très loin du sens formel de la rationalité (...), dans une matière qui, plus que toute autre, semble rétive à la logique » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, préc., note 18, p. 16).

²⁹ « Au niveau macro-juridique, on se demande quels sont les motifs qui commandent ou appellent ou justifient une intervention étatique. (...) Au niveau micro-juridique, l'analyse des rationalités doit viser à déterminer comment se traduisent les grands principes énoncés par le Parlement et qu'il faut appliquer. Il faut identifier les carences, problèmes, contradictions et difficultés auxquelles on fait face dans le cadre de la mise en œuvre concrète de la politique édictée » (P. TRUDEL, *La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation Éléments d'un modèle*, préc., note 27).

³⁰ « L'objectif principal que le législateur (canadien) poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne

réseau Internet qui le faciliterait. L'intervention étatique se justifie ainsi par la protection des mineurs³¹ sur le fondement du paternalisme. Les mineurs font partie d'une catégorie de personnes jugées très vulnérables ce qui légitime ce paternalisme étatique. Il a toujours existé à des degrés différents selon les sociétés et le temps. Dans l'histoire, « le roi, symbolisant l'État, agissait comme un père qui élève ses enfants. Il décidait ce qui était bon pour ses enfants – le peuple – et veillait à ce que ces derniers respectent les lois et l'ordre public »³². Il représentait ainsi la seule autorité habilitée à appliquer le droit en leur imposant des règles à suivre et à respecter pour leur « bien ». Il en va encore de même, surtout en droit criminel qui reste incontestablement paternalisme³³. Toutefois, ce paternalisme étatique se ressent de manière claire dans le domaine de la sexualité emprunt de moralité et encore plus, lorsqu'il s'agit de mineurs³⁴, traités par le droit criminel selon un régime particulier, une protection spécifique. L'État leur impose ainsi une moralité sexuelle spécifique qu'ils doivent respecter en raison de leur vulnérabilité. Pour y remédier, il semblerait que la solution choisie est la répression et la dissuasion. Par voie de conséquence, « des lois plus répressives ont été votées concernant l'exploitation sexuelle des enfants. Cependant, en adoptant de telles lois, on aboutit parfois à certains paradoxes »³⁵. Paradoxes que nous étudierons tout au long de notre travail. En ce qui concerne l'analyse micro-juridique, il est clair que les rationalités sont plus obscures. Lorsque nous examinons la législation et les travaux parlementaires nous pouvons remarquer que la pornographie mettant en scène des mineurs a toujours préoccupé³⁶.

peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328 » (R. c. *Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, § 34).

³¹ La protection des enfants est la priorité des gouvernements, aussi bien français que canadien. Cette priorité se ressent depuis déjà quelques années et elle devient de plus en plus effective. D'ailleurs, dernièrement le gouvernement français a réitéré sa volonté de protéger l'enfance contre toutes formes de violence (PREMIER MINISTRE, *Réunion sur la sécurité et la protection de l'enfance*, 11 mai 2006, communiqué, en ligne : <http://www.premier-ministre.gouv.fr/acteurs/communiqués_4/reunion-securite-protection-enfance_55918.html>, (consulté le 23 sept. 2009)).

³² Stéphane SAVARD, *La justice sous le Régime français : le droit français*, Justice Québec, 2005, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/histoire/droit.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

³³ R. c. *Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, 765-766 : « Tout le droit criminel est, dans une certaine mesure, « paternaliste » ; toute règle prohibitive comporte en soi l'Exercice d'une autorité supérieure ».

³⁴ La doctrine *parens patriae*, venant des États-Unis d'Amérique, se caractérise par le fait que « l'État doit agir en tant que gardien du bien-être de tous les enfants et, au besoin, suppléer à la surveillance des parents » (J. FORTIN et L. VIAU, préc., note 8, p. 163).

³⁵ Matiada NGALIKPIMA (dir.), *L'esclavage sexuel : un défi à l'Europe*, Paris, Éd. de Paris, 2005, p. 177.

³⁶ La préoccupation de la protection des enfants est présente depuis déjà quelques années : « M. Richard Grisé (secrétaire parlementaire du vice-premier ministre et président du Conseil privé) : (...) il faut faire valoir une cause qui préoccupe tous les Canadiens, c'est-à-dire mettre une fin à cette croissance alarmante de la disponibilité de matériel pornographique... » (Chambre des Communes, lundi 30 nov. 1987) ; « M. Rob Nicholson (secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada et ministre d'État

Toutefois, il faut les prendre avec prudence. En effet, le réseau Internet a suscité une certaine crainte d'une partie de la population pas nécessairement internautes. Et une certaine pression s'est ainsi effectuée sur l'État pour remédier à tous les maux attribués à Internet. Nous vivons dans une société basée sur la sécurité et sur l'absence de risque qui favorise, incontestablement, l'intervention de l'État notamment lorsque des personnes vulnérables sont en jeu. Néanmoins, les risques réels ne sont pas démontrés de manière certaine. Pourtant, les lois répriment toutes les formes de pédopornographie et peu importe, qu'un mineur réel ou non soit mis en scène sexuellement. Il suffit que le matériel suggère ou simule cette forme de pornographie pour être censuré et sanctionné.

En outre, la sexualité touche à l'affectif des individus ce qui fait qu'elle représente un enjeu majeur pour la société, notamment un enjeu moral. D'ailleurs, celle-ci s'inscrit dans une libéralisation de ses mœurs facilitée par l'arrivée du réseau Internet. Autrement dit, celui-ci a fait évoluer les mentalités qui sont devenues plus individualistes et libérales. Mais, une certaine méfiance doit se faire à l'égard de ce discours de libération relatif à la sexualité. En effet, nos sociétés actuelles ont clairement tendance à s'orienter vers une optique plus sécuritaire et de surveillance aidée par les nouvelles technologies de l'information. Par conséquent, l'approche législative relative à la sexualité évolue avec son temps ce qui influence le droit criminel qui s'inscrit de plus en plus dans une perspective sociale. L'aspect moral est alors difficilement exclu du droit³⁷. Contrairement à H.L.A. Hart³⁸, notre

(Agriculture)) : Le gouvernement répond ainsi aux demandes des Canadiens qui réclament que l'on mette un frein à la pornographie juvénile dans ce pays » (Chambre des Communes, 3 juin 1993, 20 328) ; « M. Jay Hill (Prince George—Peace River, PCC): Monsieur le Président, j'ai le plaisir de présenter cette pétition au nom des électeurs de la circonscription de Prince George—Peace River, plus particulièrement de la part des habitants de Fort St. John et des villages voisins de Taylor, Rose Prairie, Charlie Lake et Cecil Lake. J'ai reçu un certain nombre de pétitions sur le même sujet, que je vais présenter dans les jours et les semaines à venir. Les pétitionnaires soulignent que la création et l'utilisation de pornographie juvénile sont condamnées par la vaste majorité des Canadiens et que le projet de loi C-20 des libéraux ne protège pas adéquatement les enfants de notre pays. Par conséquent, les pétitionnaires demandent au Parlement de protéger nos enfants en prenant toutes les mesures nécessaires pour que les oeuvres favorisant ou légitimant la pornographie juvénile soient considérées illégales dans notre pays » (Chambre des Communes, 21 avril 2005, 1315), en ligne : http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/debates/087_2005-04-21/han087_1315-F.htm, (consulté le 23 sept. 2009).

³⁷ « Remarquons d'abord que le terme MORALE est souvent supplanté à notre époque par le terme ÉTHIQUE. Or, à leur racine près, grecque (ethos) ou latine (mos, moris), les deux mots ne diffèrent pas sémantiquement. Ils connotent, subsumé par l'idéal universaliste et éternitaire du Bien, l'ensemble des règles de conduite caractéristiques, en un temps et en un lieu donnée, des bonnes mœurs » (François DERMANGE et Laurence FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Éd. Labor et Fides, 2002, p. 21).

³⁸ Pour Herbert L.A. HART dans son ouvrage *Le concept de droit* (Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976) au chapitre IX, il n'existerait pas de lien conceptuel entre le droit et la morale, qu'il y aurait séparation entre eux. Il énonce qu'il utilisera l'expression « [p]ositivisme juridique pour

étude va démontrer que le droit et la morale s'interfèrent³⁹ et plus spécialement en ce qui concerne la sexualité et la protection des mineurs. Mais également que le droit criminel paraît devenir un droit fondé sur l'émotion⁴⁰. De ce fait, l'irrationnel est beaucoup plus présent dans le droit criminel, malgré l'utilisation de critères faussement neutres par le législateur⁴¹. Notre travail va ainsi critiquer la réglementation relative à la pédopornographie circulant sur le réseau Internet en discutant de la neutralité du droit et de son égalité. Le droit devient plus sociologique que mécanique. Il s'applique de plus en plus au cas par cas, et ainsi évolue en devenant plus individualiste.

La théorie sociologique relative au pluralisme juridique semble la plus appropriée lorsque nous nous intéressons à un outil aussi particulier que le réseau Internet. Ce dernier est réglementé par des normes aussi bien étatiques que non-étatiques. En effet, ce vecteur n'ayant pas de centre de pouvoir centralisé, s'est autoréglementé, dans un premier temps, par le biais de ces utilisateurs. D'autres normes sont ainsi intervenues dans la réglementation du réseau, notamment les normes techniques. Dans un second temps, l'État a essayé d'adapter ses lois à ce nouveau moyen de communication. Les normes techniques représentent alors un complément non négligeable à l'efficacité de l'intervention étatique. En opposition avec le positivisme juridique, elle se traduit par le fait que « le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres

désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vraie que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait » (p. 224). Le droit ferait abstraction de tout jugement moral puisqu'il ne ferait que décrire le fait tel qu'il est (H.L.A.HART, « Positivism and the separation of law and Morals », (1958) 71 *Harvard Law Review*, n°4, p. 593-630).

³⁹ Pour Ronald DWORKIN dans son ouvrage *Prendre les droits au sérieux* (PUF Léviathan, Paris, 1984), le droit et la morale se chevauchent puisque l'aspect moral confère au droit son caractère normatif. C'est ainsi que les juges peuvent se référer à la morale. Toutefois, il soutient que la description du droit doit se faire en tenant compte que des faits. « Plus généralement, il (DWORKIN) se montre sociologue en ce qu'il n'est pas dogmatique, ne dressant pas de cloisons étanches entre le droit et la morale ou la politique » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 132); Voir : Michel TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF Léviathan, 2001, p. 40.

⁴⁰ J.P. HAESAERT, *Etiologie de la répression des outrages publics aux bonnes mœurs*, Bruxelles, 1931, p. 225-226 : « le chapitre VII ne repose sur aucun élément rationnel. Il est d'origine émotive. Les efforts faits pour l'enfermer dans un cadre logique expliquent l'obscurité, l'ambiguïté, le désordre des textes ».

⁴¹ D'après l'auteur Olivier CORTEN (préc., note 21, 355), en sociologie du droit, la règle de droit, par définition rigide, s'adapte « à l'évolution de la vie sociale ou, dans une perspective plus conflictualiste, que ce type d'expression permettra à l'interprète de légitimer une position politique qui lui est propre sous le couvert d'une notion juridique qui prétend à la neutralité axiologique ».

avec lui, indépendants de lui, éventuellement ses rivaux »⁴². L'aspect culturel et social devient un élément majeur à prendre en compte dans l'élaboration du droit. Il vient, de surcroît, légitimer l'intervention étatique sur le réseau. Comme l'énonce Monsieur Jean-Guy Belley, « l'étude du pluralisme juridique supposerait alors une problématique rejoignant en partie celle des fondateurs de la sociologie du droit en ce qu'elle réintroduirait dans la conception du droit les dimensions culturelle et spontanéiste »⁴³. C'est ainsi que certaines normes dégagées par la pratique des internautes ont été intégrées en partie par le droit⁴⁴. Notre étude va alors mettre en exergue le fait que, malgré cette perte d'une partie de l'autorité des pouvoirs publics dans la réglementation d'Internet, ceux-ci conservent encore une place primordiale, notamment par le biais du droit criminel. C'est pour cette raison que l'aspect sociologique attire notre attention dans l'élaboration de notre problématique. En effet, le droit criminel est emprunt de symbolique⁴⁵ et de revendications sociales (émotion, importance des minorités...) spécifiques à notre société⁴⁶.

Par conséquent, l'objectif de notre travail est de nous poser la question suivante à savoir quels sont les impacts du réseau Internet sur la législation relative à la pédopornographie, domaine où s'affrontent le rationnel (le droit) et l'irrationnel (la sexualité), face au développement de l'idée d'insécurité et à la préoccupation croissante de la protection des mineurs ? Concrètement, il va s'agir de s'intéresser, dans un premier temps, aux impacts d'Internet sur la sexualité et plus spécialement celle relative aux mineurs, et dans un second

⁴² J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 356; Voir : Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998, p. 7-81; Jean-Guy BELLEY « L'État et la régulation juridique des sociétés globale : pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 *Sociologie et société* 11, p. 14 : « Trois thèses fondamentales furent ainsi historiquement associées à l'idée de pluralisme juridique : 1) l'État n'a pas le monopole du droit; 2) le droit n'est pas d'abord œuvre rationnelle; 3) le fondement du droit n'est pas la liberté individuelle, mais la solidarité sociale ».

⁴³ *Id.*, J. CARBONNIER.

⁴⁴ « La loi n'est plus seul maître au logis de la norme. La régulation technique emprunte les habits de la loi et étend son influence » (Danièle BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet » (2006) 10 *Lex Electronica* n°3, p. 9).

⁴⁵ Le symbole dégagé par la législation relative à la pédopornographie est d'inculquer aux adultes que les mineurs ne sont pas des partenaires sexuels.

⁴⁶ « La prise en compte de la diversité et des particularités et leur protection (féminisme, mouvements homosexuels) à l'encontre d'une tendance à l'uniformité et à l'unitarisme, donc la sensibilité aux droits des minorités à côté et parfois à l'encontre des aspirations de la majorité, la valorisation de la différence seraient des traits spécifiques de la revendication post-moderne » (Étienne LE ROY, *La culture du pluralisme juridique est-elle soluble dans la criminologie?: un point de vue anthropologique*, Contribution à la table ronde *Approche critique du concept de culture en criminologie*, XXXIIème congrès de l'Association Française de Criminologie, Besançon, 10 déc. 1998, p. 6, en ligne : <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/leroy3.rtf>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

temps, de ceux sur le droit criminel et plus particulièrement sur l'infraction de pédopornographie. Autrement dit, « [l']innovation technologique propose-t-elle une construction nouvelle de la sexualité et de l'érotisme et en quoi modifie-t-elle l'organisation des échanges pornographiques? »⁴⁷. Les premiers éléments de réponse à cette question sont qu'il y a une véritable confrontation de la morale avec le droit qui prend une coloration neutre et objective par le biais de l'usage de plus en plus marqué de la technique. Mais, il n'en est rien. Ce changement de paradigme n'est qu'un leurre. Le droit criminel conserve une place importante dans la régulation d'Internet assurée par la protection des mineurs face à la crainte, raisonnée ou non, du développement de l'infraction de pédopornographie et des infractions sexuelles connexes. Désormais, cette protection des plus vulnérables s'inscrit aussi bien dans une démarche morale que sécuritaire.

Notre étude va utiliser l'approche sociologique comparative afin de mieux comprendre les fondements et les difficultés relatives à la réglementation de la pédopornographie entre deux systèmes juridiques différents à savoir un pays de conception civiliste ou « romaniste »⁴⁸, la France, et un autre de *common law*, le Canada. Il est indéniable que le discours social sur la sexualité varie en fonction de la société et du temps ainsi que la morale qui diffère selon les cultures. Par conséquent, nous allons opposer le droit pénal de conception civiliste au droit criminel d'approche de *common law*. Certaines précisions doivent être apportées. Le droit pénal français est imprégné par les dispositions européennes qui ont une valeur supra étatique et, comme pour le Canada, le droit international doit également être pris en compte. En outre, au Canada, une différence doit être faite entre le droit pénal qui est provincial et le droit criminel qui est fédéral⁴⁹. Mais,

⁴⁷ Divina FRAU-MEIGS, « Technologie et pornographie dans l'espace cybernétique », (1996) 77 *Réseaux*, 109-132, en ligne : < <http://www.enssib.fr/autres-sites/reseaux-cnet/77/02-frau.pdf> >, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴⁸ Pierre LEGRAND, *Le droit comparé*, Coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2009.

⁴⁹ Selon l'article 91(27) *Loi constitutionnelle de 1867* ((R.-U.), 30 et 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II n°V), « [i]l sera loisible à la Reine, de l'avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : (...)27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle ». Par contre, selon l'article 92 (15) de la même loi, « Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir : (...)15. L'infliction de punitions par voie d'amende, pénalité, ou emprisonnement, dans le but de faire exécuter toute loi de la province décrétée au sujet des matières tombant dans

afin d'alléger notre travail et sa lecture, seul le terme « droit criminel » sera employé dans le sens où il englobera à la fois le crime et la peine⁵⁰. Cela permettra, par ailleurs, de marquer la différence avec le droit pénal français.

La tradition de *common law* a une tendance au pointillisme et au détail sans oublier le manque de principes directeurs. C'est ainsi qu'« au lieu d'énoncer un principe pouvant s'appliquer à diverses situations, le Code cherche à régler chaque situation dans ses moindres détails »⁵¹. La particularité de la *common law* est qu'elle évolue sans arrêt. Elle ne reste donc pas statique. Toutefois, elle demeure toujours en conformité avec les valeurs véhiculées par la *Charte canadienne des droits et libertés*⁵² et elle respecte le principe du précédent à savoir que les juges sont liés par les décisions rendues antérieurement. Une précision doit néanmoins être apportée. À la différence, le droit pénal de conception civiliste reste statique dans le sens qui n'évolue pas aussi rapidement que la *common law* notamment par le fait qu'il est codifié. En effet, le juge doit respecter les principes directeurs dégagés par le législateur dans le *Code pénal* et il peut décider d'un revirement de jurisprudence. Au Canada, le droit criminel est également codifié mais la *common law* représente l'approche choisie. C'est ainsi que nous nous retrouvons face à une codification de la *common law* qui peut, dans certains cas, engendrer quelques difficultés. L'évolution du droit entraîne que le Code ne répond pas toujours à cette mouvance et que des contradictions ou des imprécisions sont parfois visibles dans ce *Code criminel*.

L'apport de la comparaison est important car le domaine du droit criminel diffère considérablement d'un pays à l'autre, même si le but premier reste la répression de certains comportements. Cette différence « repose sur les conceptions morales d'un peuple, la politique sociale et criminelle des gouvernements et les objectifs que poursuivent les États dans l'exercice de leur rôle. En effet, chaque société détermine la hiérarchie des valeurs qu'elle protège »⁵³. Cette comparaison va nous permettre de constater les ressemblances et les convergences d'un pays à l'autre. Nous allons ainsi pouvoir mesurer le degré

aucune des catégories de sujets énumérés dans le présent article ». Voir : Gisèle CÔTÉ-HARPER, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Les Éd. Yvon Blais, 1998, p. 9.

⁵⁰ *Id.*, p. 11.

⁵¹ *Id.*, p. 31.

⁵² *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, R.-U.] (ci-après « *Charte canadienne* »).

⁵³ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 49, p. 16.

d'adaptabilité des législations aux nouvelles technologies de l'information et, savoir comment chacun des pays appréhende le réseau Internet dans sa législation et comment la sexualité est incriminée selon les critères soi-disant objectifs de chacune des conceptions juridiques. En outre, cette comparaison va tenter de démontrer que le réseau Internet a une influence sur les mœurs de la société et peu importe la conception du droit en jeu. Cette influence se ressent également dans l'élaboration du droit qui s'imprègne de plus en plus de la technique. C'est ainsi que nous allons voir comment deux pays de conceptions juridiques différentes ont évolué face aux nouvelles réalités apportées par les technologies de l'information dans l'environnement familial et criminel. Chacun des pays étudiés a choisi sa manière de résoudre ses problèmes même si, finalement, elles semblent tendre vers des objectifs similaires. Toutefois, certaines spécificités demeurent.

Une mise en garde doit être formulée à ce stade de notre travail. En effet, il est clair que le domaine de la sexualité est un domaine particulier qui engendre bien des élans de foudre, notamment de la part de l'opinion publique et des auteurs. Nous essayerons de rester le plus neutre possible en essayant d'apporter une analyse objective. Certaines questions philosophiques, politiques, religieuses, sociales seront traitées dans cette étude. D'ailleurs, la principale critique pouvant être formulée sur ce point, serait de s'attarder un peu trop sur ces questions au détriment du droit criminel pur. Toutefois, nous avons considéré qu'il était inapproprié de traiter seulement de l'infraction de pédopornographie du seul point de vue criminel, sans tenir compte des changements produits sur l'ensemble des concepts juridiques applicables au droit criminel et des difficultés relatives à la sexualité des mineurs. Il s'agit d'un tout qui permet d'explicitier les différentes préoccupations et les problématiques liées à cette infraction. Notre recherche ne se veut pas exhaustive mais simplement une réflexion possible sur ce sujet. Notre étude s'intéresse essentiellement à l'infraction de pédopornographie qui renvoie également à d'autres infractions sexuelles connexes qui seront également prises en compte. Bien sûr, il est impossible de tout traiter de manière détaillée et complète, d'ailleurs, ce n'est pas notre objectif. Nous avons, toutefois, essayé d'analyser la plupart des comportements pouvant amener à de la pédopornographie et aux différents moyens mis en place pour lutter contre.

Notre travail s'articulera en deux parties. La première traitera des fondements de l'infraction de pédopornographie qui sont illusoirement neutres et rationnels (Partie 1) et la

seconde, des effets des nouvelles technologies de l'information sur cette infraction (Partie 2).

PARTIE 1 LES FONDEMENTS DE L'INFRACTION DE PÉDOPORNOGRAPHIE : L'ILLUSOIRE NEUTRALITÉ ET RATIONALITÉ

La protection des mineurs est incontestablement une préoccupation très actuelle. Elle est alimentée par les différentes affaires médiatiques concernant la pédopornographie ou les abus sexuels sur mineur qui viennent entretenir la panique morale. Nous pouvons alors comprendre que le législateur se sente contraint d'intervenir par le biais de dispositions, pour lutter contre ce fléau qui sévit plus spécialement sur le réseau Internet. En effet, les diverses modifications législatives, à peu d'intervalles entre elles, aussi bien au Canada qu'en France, démontrent un certain enthousiasme pour cette infraction. Or, la mise en discours de la sexualité en droit a toujours posé quelques difficultés, car nous rentrons dans une sphère privée, voire intime de l'individu qui possède une certaine liberté en la matière. Autrement dit, de faire entrer de l'irrationnel, la sexualité, dans du rationnel, le droit. D'ailleurs, la pornographie, qui est légale, même si sa diffusion est contrôlée, a toujours suscité de nombreux débats pour ou contre sa légalisation. L'aspect moral rentre alors en scène, ainsi que les conceptions culturelles, religieuses et politiques de chaque État. Mais surtout, la pornographie engendre d'autres inconvénients, lorsqu'un élément vient s'y ajouter, le mineur. Celui-ci est soumis à un régime juridique particulier⁵⁴ qui n'est pas toujours très clair et, encore moins en ce qui concerne la sexualité. D'ailleurs, la notion de « pédopornographie » le démontre parfaitement, même si nous pouvons constater une certaine volonté à harmoniser les droits pour lutter de manière plus efficace contre ce matériel (Titre 1). Toutefois, cette réglementation touche indéniablement à des droits fondamentaux, à savoir les libertés individuelles garanties par plusieurs textes souvent à valeur constitutionnelle. Dès lors, le législateur a l'obligation de trouver un équilibre adéquat pour concilier ces libertés avec la loi qui est d'ordre public. En d'autres termes, il a pour mission de rechercher l'équilibre entre, d'une part, les droits individuels et, d'autre part, les valeurs collectives (Titre 2).

⁵⁴ « le droit français est entièrement imprégné par l'idée que l'enfant, eu égard à sa faiblesse, a le droit à une protection particulière » (FONDATION SCELLES, *La pédophilie*, Ramonville Saint-Agne, Éd. Éres, 2001, p. 134).

TITRE 1 LA DÉFINITION DE « PÉDOPORNOGRAPHIE » : LES PRÉMICES D'UNE HARMONISATION DIFFICILE

Pour étudier la législation relative à la pédopornographie, il faut tout d'abord s'intéresser à sa signification qui n'est pas forcément très claire. Il existe plusieurs raisons à ce flou terminologique. La première concerne le fait que cette notion est un concept social qui a tendance à évoluer dans le temps et dans l'espace. Les experts du Congrès international de Stockholm relatif à l'exploitation sexuelle des enfants d'août 1996 ont très bien soulevé cette difficulté en énonçant que « les normes appliquées au sein de chaque société et de chaque pays sont extrêmement subjectives et subordonnées à différentes convictions morales, culturelles, sexuelles, sociales et religieuses qui ne se traduisent pas aisément dans les lois. Même en nous limitant à une définition légale de la pornographie infantile, ce concept est difficile à cerner »⁵⁵. Or, le réseau Internet représente un vecteur, où il existe un formidable panorama de ces diverses conceptions qui diffèrent d'un pays à l'autre, voire au sein même de l'Europe ou du Canada. Autrement dit, c'est un réseau international qui reflète les pensées et les cultures des divers pays; chacune d'elles se retrouvant confrontées les unes aux autres. Les États ont ainsi du mal à mettre en place une définition consensuelle, malgré l'élaboration d'un nombre impressionnant de textes internationaux. Ces derniers sont une bonne illustration de la volonté de coopération des États au phénomène international de la pédopornographie, mais également, du manque d'entente sur certains points, en raison de la présence de nombreuses réserves dans les dispositions⁵⁶. La seconde

⁵⁵ « La définition légale de l'enfant et de la pornographie infantile diffère fortement d'un pays à l'autre » (Toni PANEPINTO, *La pornographie infantile sur le réseau Internet*, travail de fin d'études, Liège, École Liégeoise de criminologie Jean Constant, Université de Liège, 2000, p. 19); « The question of what constitutes child pornography is extraordinarily complex. Standards that are applied in each society or country are highly subjective and are contingent upon differing moral, cultural, sexual, social, and religious beliefs that do not readily translate into law. Even if we confine ourselves to a legal definition of child pornography, the concept is elusive. Legal definitions of both "child" and "child pornography" differ globally and may differ even among legal jurisdictions within the same country » (Margaret A. HEALY, *Child pornography : an international Perspective*, Working document for the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, august 1996, p. 1, en ligne : <<http://www.crime-research.org/articles/536>>, (consulté le 23 sept. 2009)); CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 11.

⁵⁶ Pour exemple, nous pouvons citer la *Convention sur la cybercriminalité*, (23.XI.2001, Budapest, S.T.E n°185, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009))

raison est que l'expression de « pédopornographie » renvoie à deux autres termes, eux-mêmes, nébuleux en droit, le « mineur » et la « pornographie ». Rapidement un problème survient. En effet, il ne faut pas oublier que le droit criminel possède des principes généraux spécifiques, comme le principe de la légalité des délits et des peines⁵⁷, ou ceux de justice fondamentale de l'article 7 de la *Charte canadienne*⁵⁸. Le principe de la légalité, si fidèle aux auteurs des Lumières, comme Montesquieu⁵⁹ ou Cesare Beccaria⁶⁰, implique qu'il ne peut y avoir de délits ou de peine sans un texte de loi qui soit clair et précis. Or, les dispositions relatives aux mineurs et, plus spécialement à la sexualité, sont parfois

qui, malgré une définition relative à la pédopornographie, possède de nombreuses réserves qui permettent aux États un certain choix dans l'application et l'élaboration des incriminations.

⁵⁷ « Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege »; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 11; C.crim., art. 6, 1) et 9; C.pén., art. 4, 111-3 et 111-4; *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), art. VIII; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, S.T.E. n°5, (1955) 213 R.T.N.U. 221, en ligne : <<http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20213/volume-213-I-2889-French.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), (ci-après « *Conv.EDH* »), art. 7 al. 1; *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 déc. 1948, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948), art. 11, al. 2. Pour plus d'informations sur ce principe de la légalité, voir : C.const., 16 juil. 1971, décision Liberté d'association, n° 71-44 DC, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Cantoni c. France* (au principal), n°17862/91, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=cantoni&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass.crim., 13 juin 1884, *Paoli*, S. 1886.1.239, note Villey; C.cass.crim., 30 mars 1944, *Luze et Devaux*, D.1945.246, note H. Desbois; C.cass.crim., 21 janv. 1965, *Olive*, *Bull.crim.*, n° 22; C.cass.crim., 5 oct. 1967, *Le Guern*, *Bull.crim.*, n° 242; C.cass.crim., 20 fév. 2001, n°98-23471, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009); *R. c. Daigle*, [1986] R.J.Q. 1599 (C.S.P.); *R. c. Hastings*, (1947) 90 C.C.C. 150 (N.B.S.C. App. Div.); *R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, 1980 CanLII 212; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1028, 1995 CanLII 111; *R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, 1996 CanLII 157; *Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694; Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1990, p. 305 et 318; G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 49, p. 81-83; J. FORTIN et L. VIAU, préc., note 8, p. 23 et suiv.; Philippe CONTE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Paris, A. Colin, 7^e éd., 2004, p. 66 à 90.

⁵⁸ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ». Voir : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; 1985 CanLII 81 (C.S.C.).

⁵⁹ « Dans les États despotiques, il n'y a point de loi; le juge est lui-même sa règle. Dans les États monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit. Dans le gouvernement républicain, il est de nature de la Constitution que les juges suivent la lettre de la loi » (Charles de Secondat MONTESQUIEU, baron de, *De l'esprit des lois* (1758), Bibliothèque numérique, Coll. « Les auteurs classiques », Université du Québec à Chicoutimi, en ligne : <http://classiques.ugac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/de_esprit_des_lois_1.html>, VI, 3).

⁶⁰ Cesare BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, nouvelle traduction française précédée de la Célébration du bi-centenaire de la publication organisée le 18 juin 1969 par la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris par l'Institut de criminologie de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris et par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, Cujas, 1966.

imprécises, voire confuses. En effet, tout repose sur un critère, celui de l'âge, qui change selon les situations et le domaine de manière totalement arbitraire, ce qui peut clairement complexifier le régime juridique (Chapitre 1). En outre, la notion de « pornographie » suscite, depuis des années, une certaine polémique, aussi bien sur sa définition que sur sa réglementation⁶¹ (Chapitre 2).

⁶¹ Voir : Norbert CAMPAGNA, *La pornographie, l'éthique et le droit*, Paris, Harmattan, 1998; M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 178 et 192.

Chapitre 1: Le terme « pédo » : le critère arbitraire de l'âge

La catégorie de personne la mieux protégée actuellement est incontestablement le mineur. Il représente, en quelque sorte, le lien unificateur de l'humanité, puisqu'il semble y avoir une certaine tendance à les valoriser dans nos sociétés modernes. Ce privilège lui permet de bénéficier d'un régime juridique spécial, en raison de sa vulnérabilité et de son manque de discernement. C'est pour cette raison que leur consentement ne peut pas être valablement donné. Ils sont frappés d'une incapacité juridique. Toutefois, des aménagements peuvent être prévus, en raison de l'évolution de la société. Mais pour qu'elle soit entière, les mineurs doivent attendre la majorité civile, qui représente l'âge charnière pour passer de l'état de mineur à celui de personne majeure et responsable. Au sein de la catégorie de mineurs, il existe plusieurs réalités, prises en compte par le législateur dans l'élaboration du droit. Il laisse à certains d'entre eux plus d'autonomie dans des situations bien déterminées et selon certaines conditions, tout en les protégeant dans d'autres. Il y a donc plusieurs catégories de mineurs fondées sur le critère de l'âge (Section 1). C'est ainsi que le droit a décidé que pour toutes les choses sexuelles, un certain âge devait être atteint et respecté. Il s'agit de la majorité sexuelle, en plus d'une majorité civile, qui s'avère plus précoce et change selon les situations. Autrement dit, il règne, dans les dispositions relatives à la sexualité des mineurs, une certaine incohérence, voire une certaine confusion juridique (Section 2).

Section1: Le principe de l'incapacité des mineurs : un âge charnière pour plusieurs catégories

L'âge représente ainsi le critère nécessaire et essentiel dans le régime juridique applicable aux mineurs⁶². Les législateurs, canadiens comme français, se sont référés à l'âge comme limite, afin de rester le plus objectif possible et pour, soi-disant, faciliter le système

⁶² *Id.*, M. NGALIKPIMA (dir.), p. 178 : « Néanmoins, le critère de l'âge semble le plus satisfaisant car utilisé par l'ensemble des États et même par des organisations internationales »; toutefois, Isabelle WATTIER, de l'Université catholique de Louvain en Belgique, considère, dans sa thèse, que le concept de « majorité sexuelle » est significatif des impasses épistémologiques respectives des discours législatif, jurisprudentiel et doctrinal relatifs à la régulation pénale des mœurs (*Les enjeux de la réception de la « majorité sexuelle » en droit pénal belge et européen : de la taxinomie au discours pénal métajuridique*, l'Université catholique de Louvain, Belgique, en cours). C'est ainsi que l'âge limite conduit parfois à certaines irrationalités juridiques que nous exposerons tout au long de notre développement.

juridique⁶³. C'est donc à partir de l'âge que toutes les dispositions spécifiques vont s'appliquer et que va suivre toute la protection qui s'est accrue aux fils des années (I). Mais, il existe, malheureusement, des contradictions, voire des incompréhensions, fondées sur l'âge. Le législateur a choisi arbitrairement un âge correspondant à la majorité qui permet de passer d'une irresponsabilité, soumis à l'autorité parentale, à une responsabilité (II).

I. Le critère de l'âge : le fondement de la notion de « mineur »

À première vue, la notion de « mineur » ne comporte aucune difficulté de signification, mais il n'en est rien. En effet, l'État, par le biais du droit, a décidé discrétionnairement l'âge auquel un mineur passe de cet état d'irresponsable à celui de majeur responsable. Cela s'appelle obtenir la majorité. Le problème est que cette transformation d'un état à un autre diffère selon les conceptions de chaque pays. Ceci s'explique par le fait que cette notion peut comporter de nombreux critères qui se rattachent à différentes étapes, comme la maturité, l'évolution corporelle ou la conscience de l'enfant⁶⁴. Pour faciliter les choses, les législateurs ont posé comme limite l'âge. Mais là encore, l'âge n'est pas un critère certain, puisqu'il existe plusieurs catégories au sein même des « mineurs ». En effet, « [l]a tâche est loin d'être aisée dans la mesure où, d'une part, la catégorie des « mineurs » n'est pas intrinsèquement homogène puisqu'elle englobe des enfants de bas âge et des adolescents et d'autre part, qu'elle ne vise pas les mêmes personnes selon les législations des différents États membres »⁶⁵. C'est pour cela que nous distinguerons, en premier lieu, la catégorie des « enfants », nouvelle catégorie juridique (A), et en second lieu, celle des « adolescents » (B).

⁶³ « Face aux limites des définitions et dans la seule volonté de protéger tous les enfants, quelle que soit leur singularité psychologique, biologique ou morale, le législateur a jugé bon de **normer la notion d'enfance** en s'attachant au seul critère réellement objectivable et donc opposable à tous, **l'âge** » (les termes en gras sont tels dans le texte original) (MOUVEMENT ANTI-PÉDOPHILIE SUR INTERNET (MAPI), *La pornographie infantile sur Internet*, Belgique, 1996, en ligne : <<http://www.info.fundp.ac.be/%7Emapi/plan.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2).

⁶⁴ M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 192.

⁶⁵ Nancy RISACHER, « Internet et la protection des mineurs : de l'éthique à l'économie », (1999) *Revue Ubiquité* n°2, 89 ; RECOMMANDATION DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net : L'exposition des mineurs aux contenus préjudiciables du l'Internet (I)*, Synthèse, 11 fév. 2004, en ligne : la Documentation française <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000066/0000.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2 : Les moins de dix-huit ans représentent un public diversifié et les préoccupations « ne sauraient à l'évidence être les mêmes pour de jeunes enfants (moins de 8 ou 10 ans), de jeunes (10 à 16 ans) et de moins jeunes (16 à 18 ans) adolescents ».

A) La catégorie non juridique d'« enfants » : une nouvelle catégorie juridique plus concrète

La présente catégorie n'a, en principe, aucune influence juridique, puisque la loi parle de « mineur ». Néanmoins, nous pouvons voir une certaine évolution juridique dans des termes qui, par ailleurs, peuvent amener une certaine complexité dans le système juridique. C'est pour cette raison que nous nous efforcerons d'éclaircir les choses pour savoir ce qu'il faut entendre par « enfant », concept plus large que celui de « mineur » (1). Ensuite, nous essayerons de définir cette dernière notion qui permet de fixer l'âge de la majorité civile (2).

1) La notion voisine d'« enfant » : un concept plus large

Les enfants représentent, de nos jours, le groupe de personnes à protéger contre tout contenus illicites ou préjudiciables circulant sur le réseau. Cette catégorie n'a, en principe, aucune réalité juridique, aussi bien en droit canadien que français. Toutefois, nous pouvons remarquer que ce terme est de plus en plus employé par les tribunaux, les textes internationaux ou la doctrine⁶⁶. C'est ainsi qu'il existe une certaine confusion entre, d'une part, le terme « mineur » et, d'autre part, celui d'« enfant ». En effet, plusieurs textes législatifs préfèrent utiliser la notion d'« enfant » pour désigner la catégorie des moins de dix-huit ans⁶⁷.

Il semble y avoir un réel changement au sein du droit qui évolue « en élaborant des catégories de plus en plus fines de sujets de droit, de sorte que cela finit par coïncider avec les personnes concrètes elles-mêmes : ainsi en est-il de la notion d'enfant, de consommateur (...) avec des régimes propres »⁶⁸. Cette nouveauté a des conséquences notamment négatives, puisque cela alourdi le système juridique, pourtant déjà bien

⁶⁶ Tout au long de notre travail, nous verrons que le terme « enfant » est souvent utilisé à la place de celui de « mineur » et qu'il est ainsi devenu une catégorie de personne à part entière.

⁶⁷ Par exemple, au Québec, la *Loi sur la protection de la jeunesse* (L.R.Q., c. P-34.1) donne une définition de l'enfant dans son article 1^{er} qui est « une personne âgée de moins de 18 ans ». Il est donc clair que l'enfant est une catégorie juridique et qu'il y a même une certaine confusion entre cette dernière et celle de « mineur ». Il en va de même dans le Rapport Badgley qui traite dans son chapitre 11 du « statut juridique de l'enfant » (COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, Rapport, vol. 1 et 2, Ottawa, Ministère de la santé nationale et du Bien-être social, 1983, p. 315).

⁶⁸ Jean-Marie CHEVALIER, Ivar EKELAND, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Michel KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, p. 63.

complexe⁶⁹. Finalement, l'enfant devient une catégorie juridique, au même titre que celle de « mineur ». Toutefois,

« pour définir l'enfant, les biologistes s'attachent à des critères d'évolution corporelle, les psychologues mettent en avant certains critères relatifs à la maturité et au développement psychologique, enfin, les philosophes, quant à eux, vont se référer aux notions de conscience et de liberté du consentement. En fonction du critère choisi, la définition de l'enfant va donc varier »⁷⁰.

Par conséquent, le terme comporte plusieurs définitions possibles qui comprennent les éléments spécifiques à chaque discipline. De manière générale, il s'agit d'une notion plus large que celle de « mineur ». En effet, cette catégorie représente les personnes qui sont aisément manipulables et fragiles psychologiquement en raison de leurs vulnérabilités⁷¹. Il s'agit donc de « mineurs », mais avec tout ce qui touche à leurs spécificités physiques et psychologiques. La notion « enfant » est alors plus concrète et plus large. C'est pour cette raison que nous utiliserons le terme « enfant » dans son sens étymologique, c'est-à-dire du latin *infans* qui veut dire « qui ne parle pas ». En conséquence, il représente les personnes qui ne sont pas encore pubères. Cette distinction va permettre de rendre notre étude plus claire. Le terme d'« enfant » désigne, dès lors, les mineurs qui sont totalement incapables et qui n'ont pas encore, en l'occurrence, la majorité sexuelle pour notre travail. Dans tous les cas, leur état de fragilité leur permet de demander une certaine protection fondée sur l'âge.

2) La définition d'un « mineur » : l'âge de la majorité

L'âge reste toujours le critère essentiel pour déterminer le régime juridique applicable et distinguer la personne du mineur de celle de l'adulte⁷². Mais comme nous l'avons déjà

⁶⁹ *Id.*: « Ainsi, la démultiplication des branches par sujet de droit se superpose à la démultiplication des branches par objet de droit, ce qui complique singulièrement le système juridique ».

⁷⁰ Mylène JORET-BOHE, *La pédophilie sur l'internet*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique, Paris, Université de Paris II – Panthéon-Assas, 2005, p. 3.

⁷¹ J.-M. CHEVALIER, I. EKELAND, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KALIKA, préc., note 68, 63 : « L'enfant est une catégorie juridique, longtemps associée à la notion de mineur qui attache un effet mécanique à l'âge (moins de 18 ans) mais qui a pris depuis une relative autonomie par rapport au mineur, car l'on vise désormais, dans des législations ad hoc tant civiles que pénales, les enfants plus concrètement, les enfants en tant qu'ils sont aisés à manipuler et à effrayer ».

⁷² Voir : Jean-Claude BARDOUT, *À quel âge un mineur a-t-il le droit de...?*, 10 nov. 2006, en ligne : <<http://associationdemineurs.blog.lemonde.fr/2006/11/10/la-minorite-nest-pas-un-etat-elle-est-un-devenir/>>, (consulté le 23 sept. 2009). Il expose les différents âges à laquelle le droit français attribue un droit. Par exemple, à l'âge de trois ans, le mineur a le droit d'être accueilli dans une école maternelle ou dans une classe enfantine (*Code de l'éducation*, art. L.113-1) et à l'âge de dix-sept ans, de conduire un bateau à moteur.

mentionné, malgré des élans d'harmonisation et de coopération internationale, « la définition du « mineur » a donné lieu à des débats difficiles, chaque État ayant sur la question un avis différent de son voisin »⁷³. D'ailleurs, au sein même des législations d'un pays, il est parfois compliqué, voire complexe, de si retrouver à travers les différents âges.

En ce qui concerne l'âge de la majorité civile, il semble y avoir un certain consensus entre le Canada et la France, du moins pour certaines provinces, comme le Québec⁷⁴. En effet, l'âge est différent d'une province à l'autre⁷⁵. C'est la raison pour laquelle l'Office québécoise de la langue française⁷⁶ définit le mineur comme une « personne qui n'a pas atteint l'âge de la majorité fixé par la loi »⁷⁷. Il ne donne pas, par conséquent, d'âge spécifique. Il est clair que « ces variantes trahissent quelque peu l'arbitraire conceptuel sinon économique qui constitue le choix d'un âge comme critère servant à déterminer si une personne devrait avoir droit aux avantages d'un statut particulier »⁷⁸. Autrement dit, le choix est totalement discrétionnaire de la part du législateur. En principe, est considéré comme un mineur, toute personne âgée de moins de dix-huit ans. Il en est ainsi énoncé dans les articles 388 et 488 du C.civ.fr.⁷⁹ et dans l'article 153 du C.c.Q.⁸⁰.

Jusque-là, la définition du mineur est déduite de l'âge de la majorité civile fixée par le législateur du pays concerné, qui est généralement de dix-huit ans. Toutefois, comme nous l'avons exposé, le terme « enfant » est plus souvent employé, notamment par les textes

⁷³ Étienne WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 54; M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 178.

⁷⁴ Il en va de même pour les provinces suivantes : Alberta, Manitoba, îles Prince Édouard, Ontario et Saskatchewan.

⁷⁵ Cet âge diffère dans les autres provinces canadiennes, comme en Colombie-Britannique, en Nouvelle-Écosse, au Nouveau-Brunswick, au Nunavut, dans les Territoires du nord-ouest et au Yukon, où cet âge est de dix-neuf ans.

⁷⁶ En ligne : <<http://www.olf.gouv.qc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁷⁷ Le Rapport Badgley définit également les enfants de manière générale sans référence à un âge spécifique : « Dans chaque province et territoire, par « enfant », on entend, selon la loi, toute personne qui n'a pas encore atteint un âge donné, ce qui délimite la catégorie de personnes principalement visée par la protection et le bien-être prévus par la loi » (COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, préc., note 67, p. 320).

⁷⁸ *Id.*, p. 321.

⁷⁹ *Code civil français, en ligne* : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20091003>>, (consulté le 23 sept. 2009), (ci-après « C.civ.fr. »), art. 388 : « Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a point encore l'âge de dix-huit ans accomplis » ; art. 488 : « La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ».

⁸⁰ *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c.64 (ci-après « C.c.Q. »), art. 153 : « L'âge de la majorité est fixé à 18 ans ».

internationaux ou européens. C'est ainsi que l'article 1^{er} de la *Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant*⁸¹ nous donne une définition large et internationale de l'enfant. Il s'agit ainsi de « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable »⁸². La *Convention sur la cybercriminalité* du 23 novembre 2001 va dans le même sens puisqu'elle fixe l'âge de la majorité à dix-huit ans, mais elle permet aux États d'« exiger une limite d'âge inférieure, qui doit être au minimum de seize ans »⁸³. L'article 3 d) du *Protocole additionnel à la convention des nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*⁸⁴ définit l'enfant de la même manière. Il s'agit de « toute personne âgée de moins de 18 ans ». Il est clair que cette notion englobe celle de « mineur », voire qu'elles sont analogues dans certains cas.

Toutefois, ces textes internationaux mettent l'accent sur les difficultés de la mise en place d'une harmonisation et d'une coopération internationale efficace. En effet, ces réserves démontrent que trouver un consensus pour établir une norme internationale d'un âge uniforme est un vrai parcours du combattant, même s'il convient de noter que dix-huit ans est l'âge retenu par de nombreux pays pour fixer la majorité civile. Autrement dit, chaque État est libre de fixer l'âge qui correspond à ce qu'il entend par un mineur et, que dix-huit ans n'est pas obligatoirement la limite qui définit ce qu'est un mineur. Comme le souligne l'auteur Étienne Wéry, en parlant de la *Convention sur la cybercriminalité*⁸⁵, « le texte

⁸¹ *Convention Internationale relative aux droits de l'enfant* de New York, 20 nov. 1989, in LES CODES LA CHARTE L.3 Droit pénal, éd. la charte, 1999-2000, en ligne : <<http://www.ohchr.org/french/law/crc.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009). Cette convention a été ratifiée par 191 États. Seuls la Somalie ne l'a pas signé et les États-Unis ne l'ont pas ratifié.

⁸² *Id.*, art. 1^{er}.

⁸³ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al.3. La convention a été adoptée par la France par la *Loi n°2005-493 du 19 mai 2005 autorisant l'approbation de la convention sur la cybercriminalité et du protocole additionnel à cette convention relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques* (J.O. 20 mai 2005) et par le Canada, qui l'a signé le 23 novembre 2001. Voir : Marc-Antoine LEDIEU, « Les enfants en toute sécurité sur Internet », *Comm.com.électr.* Janv. 2007, n°1, alerte 24.

⁸⁴ *Protocole additionnel à la convention des nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, Nations Unies, 2000, en ligne : <http://www.uncjin.org/Documents/Conventions/dcatoc/final_documents_2/convention_%20traff_french.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009). Ce texte a été ratifié par le Canada en mai 2002 et par la France par la *Loi n°2002-1041 du 6 août 2002 autorisant la ratification du protocole additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants*, (J.O. 7 août 2002).

⁸⁵ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

laisse une large place à l'interprétation individuelle et aux variations nationales. (...) Appliquées à l'Internet, qui se moque des frontières, ces failles laissent perplexe »⁸⁶.

Pour remédier à ces contradictions juridiques liées au manque de consensus entre les pays, l'Europe est intervenue pour mettre fin aux divergences d'âge en ce qui concerne la majorité civile. C'est ainsi que la *Décision-cadre relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie du Conseil de l'Europe* du 22 décembre 2003⁸⁷ a été rédigée. En effet, celle-ci permet une certaine harmonisation de la définition d'« enfant » au sein des pays européens⁸⁸, même si elle est dépourvue d'effet direct⁸⁹. Il s'agit, selon l'article 1^{er} a), de « toute personne âgée de moins de dix-huit ans ». Il n'y a plus de place aux différentes réserves contenues dans les textes internationaux. Il y a une véritable volonté de l'Union européenne d'uniformiser les divers droits nationaux pour une protection efficace des mineurs. Mais, il ne faut pas oublier que certains d'entre eux possèdent un régime juridique différent en fonction de leur âge, dans le sens qu'ils peuvent avoir une certaine autonomie. Il s'agit des adolescents.

B) La catégorie d'« adolescents » : un éclaircissement

Cette catégorie de mineurs a un statut particulier qui se fonde, lui aussi, sur un âge différent. L'adolescence se définit, dans un sens général, comme « l'âge qui succède à l'enfance et précède l'âge adulte (environ de 12 à 18 ans chez les filles, 14 à 20 ans chez les garçons),

⁸⁶ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 55.

⁸⁷ *Décision-cadre n°2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie du Conseil de l'Europe*, J.O.C.E. L 13 du 20/01/2004, p. 44-48, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:FR:PDF>, (consulté le 23 sept. 2009) (ci-après citée « *Décision-cadre 2004/68/JAI* »). La France a transposé ce texte par la *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs* (J.O. 5 avril 2006, n°81) (ci-après « *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006* »).

⁸⁸ Il s'agit de la première innovation de ce texte; É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 79; Étienne WÉRY, *Pédopornographie sur l'internet: la France et la Belgique classées meilleures élèves du monde!*, 11 mai 2006, en ligne: [Droit et nouvelles technologies, <http://www.droit-technologie.org>](http://www.droit-technologie.org).

⁸⁹ *Id.*, É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*; Yves POULLET, *Un arsenal de mesures à la traque d'un contenu illicite, la pédopornographie*, texte libre, Faculté de droit de Namur et Liège, CRID, 2007, p. 9 : En effet, le texte européen ne lie les États qu'en ce qui concerne le résultat à atteindre. Il leur laisse ainsi les compétences quant à la forme et aux moyens à mettre en oeuvre.

immédiatement après la puberté »⁹⁰. Cette définition démontre l'importance du critère de l'âge et du caractère biologique pour le déterminer. Toutefois, une distinction entre les filles et les garçons est faite, mais nous verrons qu'il n'en est, en principe, rien en droit. En outre, les adolescents ne sont plus dans l'enfance, donc ils ne rentrent plus dans la catégorie des enfants, comme nous l'entendons. En effet, « [l]a personnalité juridique de l'enfant à un âge donné est censé correspondre en gros au niveau de développement intellectuel et affectif que l'on observe en général chez les enfants de cet âge. Elle est inévitablement teintée par les opinions contemporaines de chaque société sur l'enfance »⁹¹. Là encore, nous sommes face à de nombreuses divergences sur l'âge d'un pays à l'autre et, notamment entre la France (1) et le Canada (2). D'ailleurs, dans le système juridique français, la catégorie d'adolescents n'est pas une notion juridique, contrairement au droit criminel canadien.

1) L'absence de la notion « d'adolescent » en droit français : une multitude d'âges

Le droit français, à aucun moment, ne parle expressément de la catégorie d'adolescents. Seules des références à des âges disparates sont effectuées pour les distinguer des autres mineurs. Toutefois, une distinction doit être faite entre le droit pénal (a) et le droit civil (b) qui érigent des âges différents, alors qu'il semble que le critère biologique soit un élément essentiel au choix arbitraire de l'âge.

a) En droit pénal

Le droit pénal français distingue les mineurs de quinze ans et ceux de plus de quinze ans. Il y a donc une césure fondée sur cet âge. Par conséquent, il faut faire la différence entre les mineurs plus ou moins âgés de quinze ans, sans qu'aucune référence à la catégorie des adolescents ne soit effectuée. Toutefois, il serait possible de considérer qu'ils représentent

⁹⁰ Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, p. 35.

⁹¹ COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, préc., note 67, p. 317 et 318.

une personne âgée de quinze à dix-huit ans. D'ailleurs, pour faciliter notre étude, nous considérerons que cette catégorie constitue un adolescent.

Cette dichotomie est spécifique au droit pénal. Sans trop rentrer dans les détails, l'*Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*⁹² combinée avec le *Code pénal français*⁹³, érigent un panel de sanctions différentes selon les âges⁹⁴. L'adolescent, un mineur âgé entre quinze et dix-huit ans, n'a donc plus lieu d'être dans ce cas, puisque ce texte s'adresse à tous les mineurs, selon des tranches d'âges décidées de manière assez arbitraire. Toutefois, l'âge de seize ans comporte une spécificité qui peut laisser penser qu'un adolescent serait une personne de seize à dix-huit ans. En effet, dès seize ans, l'excuse atténuante de minorité peut être écartée par le juge, afin d'appliquer le régime de la responsabilité pénale réservé aux adultes. Il en va différemment dans les autres droits.

b) En droit civil

En droit civil, il y a peu de temps, il y avait une différence entre les hommes et les femmes au niveau de l'âge du mariage. En effet, l'âge légal du consentement au mariage était de quinze ans pour les femmes et de dix-huit ans pour les hommes⁹⁵. Les raisons de cette différence étaient basées sur les spécificités biologiques de chaque sexe. Mais après un débat, notamment sur les mariages forcés, le législateur a choisi de concilier les âges en

⁹² *Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante*, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJFAP.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), (ci-après cité « *Ordonnance de 1945* »).

⁹³ Par exemple : C.pén., art. 122-8 : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ».

⁹⁴ De manière générale, nous pouvons signaler que les mineurs dès dix ans peuvent faire l'objet de sanctions éducatives (C.pén., art. L 122-8; *Ordonnance de 1945*, préc., note 92, art. 2 et 15-1) et dès l'âge de treize ans, le juge a la possibilité de prononcer une peine (Amende : *Ordonnance de 1945*, préc., note 92, art. 21 et 20-3; prison ou autre : C.pén., art. L122-8).

⁹⁵ C.civ.fr., ancien art. 144 : « L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter le mariage ».

mettant dix-huit ans pour tous en ce qui concerne le mariage⁹⁶. Toutefois, il existe également un âge dérogatoire autorisant un mineur à être émancipé avant l'âge de la majorité civile. C'est la *Loi du 5 juillet 1974*⁹⁷ qui a abaissé l'âge de l'émancipation en le passant de dix-huit ans à celui de seize ans. Cet âge permet au mineur de passer certains actes qui seront considérés comme valables juridiquement. Il en va ainsi pour l'émancipation par le mariage ou judiciaire⁹⁸.

En résumé, il semble qu'en droit français les âges de quinze et seize ans représentent la limite à partir de laquelle l'adolescence débute, même s'il ne s'agit nullement d'une catégorie juridique. Il y a alors une discordance entre le droit pénal et le droit civil. Là encore, il n'y a pas de consensus sur l'âge exact à partir duquel un mineur possède un statut différent des autres mineurs. Pourtant, cette distinction entre les deux âges est très minime, alors pourquoi le législateur français ne pourrait-il pas concorder ces derniers de manière à les faire correspondre à une catégorie homogène? Pourquoi, comme le droit canadien, ne crée-t-il pas la catégorie d'adolescent? Il est indéniable que le critère de l'âge fonde tout le système juridique français avec parfois des ambiguïtés face à la multitude d'âge selon les domaines. Il en va différemment en droit canadien, du moins en apparence.

2) Une catégorie définie expressément par le droit canadien

Contrairement au système juridique français, le droit canadien est plus explicite ce qui s'explique notamment par l'influence non négligeable de la *common law*. C'est ainsi que le droit criminel définit ce qu'il faut entendre par adolescent (a). Par contre, comme nous nous intéressons plus spécialement au droit québécois, le droit civil, même s'il rejoint fortement cette définition, utilise des âges différents, comme pour le droit civil français (b).

⁹⁶ C.civ.fr., nouvel art. 144 énonce que « [l']homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus », à la suite de la *Loi n°2006-399 du 4 avril 2006*, préc., note 87.

⁹⁷ *Loi n° 74/631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité* (J.O. 7 juil. 1974, fascicule 74-159). C'est également cette loi qui a fixé l'âge de la majorité à dix-huit ans.

⁹⁸ C.civ.fr., art. 476 : « Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage ». La *Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs*, (J.O. 7 mars 2007, n°12, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)) change la numérogie de certains articles, comme celui-ci qui sera, à partir du 1^{er} janvier 2009, l'art. 413-1. C'est pour cela que parfois nous utiliserons cette nouveauté, mais dans tous les cas, le contenu ne change pas pour la plupart ce qui n'a ainsi aucune incidence sur la compréhension du travail ; art.413-2 : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de seize ans révolus ».

a) En droit criminel

La catégorie des adolescents est définie par le *Code criminel canadien* de manière claire. En effet, l'article 153 (2) relatif à l'exploitation sexuelle énonce qu'un adolescent doit s'entendre comme « une personne âgée de quatorze ans au moins mais de moins de dix-huit ans ». Cette disposition rejoint pratiquement celles du droit français. Mais, le droit canadien a décidé un âge un peu plus précoce pour faire débiter l'adolescence. En outre, contrairement au droit pénal français, la responsabilité pénale des mineurs possède un âge de discernement qui est de douze ans au Canada⁹⁹. Cet âge représente l'âge chronologique ou biologique de la personne mineure, et non pas sa capacité intellectuelle¹⁰⁰. L'aspect biologique est donc souvent la conséquence du choix de l'âge.

Quatorze ans, comme pour le droit pénal français, représente l'âge charnière pour faire la distinction entre les enfants et les adolescents. Toutefois, il est également fait mention d'autres âges dans les dispositions du *Code criminel canadien*. En effet, les âges de seize ans, de douze ans ou de treize ans sont aussi référencés, notamment à l'article 150.1 et à l'article 2 (1) de la *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents*¹⁰¹. Selon ce dernier texte, un adolescent est « toute personne qui, étant âgée d'au moins douze ans, n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans ou qui, en l'absence de preuve contraire, paraît avoir un âge compris entre ces limites ». Par conséquent, un adolescent, selon cette disposition, est une personne âgée d'au moins douze ans, mais de moins de dix-huit ans¹⁰², ce qui est donc plus précoce que la définition précédente. Pour compliquer encore les choses, le droit civil québécois repose, lui aussi, sur un système fondé sur l'âge qui, bien sûr, diffère du système criminel.

⁹⁹ C.crim., art.13.

¹⁰⁰ R. c. Sawchuk, (1991) 66 C.C.C. (3d) 255 (C.A. Man.); [1991] 3 R.C.S. xi.

¹⁰¹ *Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, et modifiant et abrogeant certaines lois en conséquence*, L.C. 2002, c. 1.

¹⁰² R. c. Z. (D.A.), [1992] 2 R.C.S. 1025, 1992 CanLII 28, 16 C.R. (4th) 133, 76 C.C.C. (3d) 97.

b) En droit civil québécois

Selon la *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*¹⁰³, l'âge constitue un critère de discrimination illicite aux termes de l'article 10, sauf « dans la mesure prévue par la loi ». C'est ainsi que « contrairement aux autres motifs, l'État n'est pas tenu de justifier le traitement différent fondé sur l'âge »¹⁰⁴. Toutefois, la *Charte canadienne*¹⁰⁵ ne contient pas de restrictions identiques mais, néanmoins, similaires. L'article 15 de ce texte permet une discrimination fondée sur l'âge dans la mesure où cette dernière permet un avantage ou « à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait (...) de leur âge ».

Comme pour le droit criminel, l'âge charnière est de quatorze ans dans le *Code civil du Québec*¹⁰⁶ et dans la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹⁰⁷. Ce seuil a été déterminé de manière arbitraire par le législateur en 1972 dans la *Loi sur la protection de la santé publique*¹⁰⁸. Il a établi

« qu'à partir de quatorze ans, un enfant a le droit de consentir seul aux soins et traitements requis par son état de santé. Le législateur a ensuite retenu le plus souvent cet âge pour conférer le droit à l'enfant d'exercer des droits, avec quelques exceptions. Ainsi, à dix ans, l'enfant obtient le droit de consentir à son adoption, mais non celui d'opposer un veto, et à seize ans, il acquiert le droit de se marier et d'être émancipé. »¹⁰⁹

Par conséquent, un adolescent, au sens du droit civil québécois, est une personne âgée entre quatorze et dix-huit ans. Contrairement à la France, il existe un âge charnière qui est de quatorze ans, aussi bien en droit civil que criminel. Le législateur a ainsi harmonisé le critère de l'âge, ce qui paraît plus simple et logique. Nous pouvons remarquer, en outre, les similitudes avec le droit civil français, notamment au niveau de l'âge de l'émancipation qui est de seize ans¹¹⁰. Toutefois, cet âge change en fonction des circonstances ce qui vient

¹⁰³ *Charte québécoise des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12, (ci-après « *Charte québécoise* »).

¹⁰⁴ Claire BERNARD, *La place du critère de l'âge dans le respect des droits de l'enfant*, Communication présentée au Forum public organisé par Commission du droit au Canada pour « Une question d'âge: les rapports entre les générations et le droit », Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec, 3 oct. 2004, en ligne: <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/publications/docs/critere_age_droits_enfants.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2.

¹⁰⁵ *Charte canadienne*, préc., note 52.

¹⁰⁶ C.c.Q., art. 156.

¹⁰⁷ *Loi sur la protection de la jeunesse*, préc., note 67, art. 38.

¹⁰⁸ *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35.

¹⁰⁹ C. BERNARD, préc., note 104, p. 3.

¹¹⁰ C.c.Q., art. 167 et suiv. : pour l'émancipation simple; art. 175 et suiv. : pour la pleine émancipation.

alimenter l'idée du choix arbitraire. Ces différences d'âge rendent le système juridique, aussi bien canadien que français, relativement complexe. D'ailleurs, le mineur est soumis à un régime d'incapacité juridique.

II. Le passage d'une irresponsabilité à une responsabilité : les effets de la majorité fondée sur l'âge

Le critère de l'âge attribut aux mineurs une responsabilité différente en fonction de la situation et des actes émit. En principe, le mineur, donc l'individu âgé de moins de dix-huit ans, bénéficie d'une incapacité juridique qui rend son consentement juridique non valable (A). Toutefois, à partir d'un certain âge donnant une majorité civile ou pénale, le statut se modifie. C'est alors que des aménagements législatifs et jurisprudentiels ont été mis en place pour se calquer sur les différences biologiques ou intellectuelles entre les mineurs, mais également sur l'évolution de la société (B).

A) Une incapacité juridique de principe : un consentement invalide

Avant de commencer, un rappel au droit civil des mineurs semble indéniable, afin de mieux comprendre le cheminement de notre démonstration. En effet, la protection criminelle de ce groupe de personnes découle du régime juridique applicable en droit civil de la famille. C'est ainsi que le mineur est frappé d'une incapacité de principe qui se retrouve, aussi bien en droit canadien qu'en droit français. Cette protection a une certaine valeur universelle qui influence clairement le droit criminel (1). Ce régime leur permet d'être jugé irresponsable, parfois même au niveau criminel, en raison de leur soumission à l'autorité parentale (2).

1) Une protection à valeur universelle

La catégorie de personnes la mieux protégée actuellement dans les systèmes juridiques est incontestablement les mineurs du fait de leur manque de discernement et de leur vulnérabilité¹¹¹. Ils sont ainsi soumis à un régime juridique spécial, hors du droit commun,

¹¹¹ Propos de l'honorable Landon PEARSON, lors des débats du Sénat sur « Le Code criminel sur la loi sur la preuve au Canada : Projet de loi modificatif – Deuxième lecture » présidés par l'honorable Daniel HAYS

qui a tendance de nos jours à s'étendre de manière significative. En effet, les personnes mineures sont devenues en quelque sorte le critère unificateur entre les différents pays, afin d'améliorer leur protection qui a été renforcée dans le contexte d'Internet¹¹². Nous assistons alors à une certaine internationalisation du droit, dont le droit criminel¹¹³ du fait, notamment, des nouvelles technologies de l'information qui l'accroît. Le fait de considérer les mineurs comme une cause universelle permet aux États de retrouver une sorte de « bien commun » permettant une éventuelle harmonisation des droits et représente d'« une certaine façon une valeur refuge pour une société en perte de repères »¹¹⁴.

Dès lors, la protection des mineurs est devenue une préoccupation prédominante dans nos sociétés. Ils représentent « notre plus grande richesse en tant que parents, en tant que membres de la société, en tant que Canadiens », ainsi que « notre ressource la plus précieuse et la plus vulnérable dans notre société »¹¹⁵. Par conséquent, ils bénéficient d'une protection juridique accrue qui se traduit par une pléthore de textes législatifs, aussi bien nationaux qu'internationaux. Nous les développerons tout au long de notre travail. Nous pouvons citer, par exemple, la *Loi française du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la*

(Compte rendu officiel, 1^{re} session, 38^e législature, vol.142, n°73, Ottawa, 20 juin 2005, p. 1528) : « Je l'ai fait parce que, à l'instar de tous les sénateurs et de tous les Canadiens, je crois fermement que les enfants, en raison de leur vulnérabilité, ont droit à la meilleure protection que la société puisse leur fournir, et ils en ont besoin ».

¹¹² « En somme, si la protection des enfants par rapport à la commercialisation des médias de masse a toujours constitué un défi de premier ordre, celui-ci est encore renforcé dans le contexte d'Internet » (Thomas GOBEIL, « La régulation de la publicité en ligne et la protection des mineurs : un nouveau défi », dans Serge PROULX, Françoise MASSIT-FOLLÉA et Bernard CONEIN (dir.), *Internet, une utopie limitée : nouvelles régulations, nouvelles solidarités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 273, à la page 282); « La question de la protection de l'enfant et des usages de l'Internet se considère aujourd'hui avec la double acuité qu'imposent le respect de la protection de l'enfant, principe fondamental de notre société, et l'émergence d'une technologie particulièrement performante, évolutive et dont chacun perçoit l'impressionnant potentiel de développement » (Propos de Olivier PERALDI, dans Joël THORAVAL (dir.), *Protection de l'enfant et usages de l'Internet*, Rapport, Conférence de la famille, Paris, Ministère des solidarités, de la santé et de la famille, 2005, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000312/index.shtml>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 13).

¹¹³ Jean-Christophe SAINT-PAU, « L'internationalisation du droit pénal », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, repère 8 ; Valérie MALABAT, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal - Rapport de synthèse », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, Étude 17; MASTER 2 DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ BORDEAUX IV, « L'influence de l'internationalisation du droit pénal sur la protection des personnes », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, Étude 13.

¹¹⁴ FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 203.

¹¹⁵ Propos de M. Ron MACDONALD (Darmouth), CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 11 mai 1993, 19 288-19 296, p. 19 295-96; Propos de M. John FINLAY (Oxford, Lib.) : « nous considérons les enfants comme l'avenir de notre société », CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 20 sept. 1996, 4494.

*répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*¹¹⁶ qui permet, désormais, de poursuivre un français auteur d'infraction à caractère sexuel commise à l'étranger, lorsqu'un mineur en est la victime¹¹⁷. Cette nouveauté va à l'encontre du principe de réciprocité des incriminations¹¹⁸ et donc déroge aux règles de résolution des conflits de lois dans l'espace. Le droit pénal français a ainsi pour vocation de protéger tous les enfants du monde, et pas seulement ceux de son territoire national.

En principe, la personne de moins de dix-huit ans est soumise à une incapacité juridique, afin de la protéger en raison de son manque de discernement et sa faculté à être influençable. Toutefois, cette incapacité n'est pas totale, puisque le droit lui reconnaît dans certaines circonstances des droits dont elle peut jouir seule, sans l'aval d'une personne majeure. Elle possède la personnalité juridique comme n'importe quel autre individu¹¹⁹. C'est ainsi que « [t]oute personne est apte à exercer pleinement ses droits civils. Dans certains cas, la loi prévoit un régime de représentation ou d'assistance »¹²⁰. Il en va exactement ainsi du régime juridique applicable pour les mineurs. Ceux sont des sujets de droit¹²¹, mais avec quelques restrictions, ce qui fait qu'ils paraissent en quelque sorte comme des « sujets de droit en devenir »¹²². En effet, le mineur ne possède que la capacité de jouissance qui lui permet de jouir seul de ses droits et obligations¹²³. Il ne détient pas la capacité d'exercice qui est attribuée, en principe, à ses parents. Autrement dit, il ne peut,

¹¹⁶ *Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, J.O. 18 Juin 1998, N° 139, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=JUSX9700090L>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹¹⁷ C.pén., art. 227-27-1 : « Dans le cas où les infractions prévues par les articles 227-22, 227-23 ou 227-25 à 227-27 sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

¹¹⁸ *Id.*, art. 113-6 : « La loi pénale française est applicable à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République ; Elle est applicable aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis ; Il est fait application du présent article lors même que le prévenu aurait acquis la nationalité française postérieurement au fait qui lui est imputé ».

¹¹⁹ C.c.Q., art. 1^{er} : « Tout être humain possède la personnalité juridique; il a la pleine jouissance des droits civils ».

¹²⁰ *Id.*, art. 4.

¹²¹ « Dans un mouvement plus global de reconnaissance, l'enfant est devenu, notamment avec la Convention internationale des droits de l'enfant de 1989, un individu sujet de droit » (FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 202).

¹²² L'auteur Jean CARBONNIER considère que les personnes incapables sont des sortes de « non-personne », comme les mineurs. Il s'agit d'un non-sujet de droit, parce qu'il est privé de droits subjectifs mais il est néanmoins sujet, parce qu'il est assujéti au droit objectif. (*Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 234-240).

¹²³ C.c.Q., art. 155 : « Le mineur exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi ».

d'aucune manière, contracter seul certains actes et donner valablement son consentement, jusqu'à l'âge fatidique de la majorité. Cette absence de capacité d'exercice interdit au mineur de faire des actes qui pourraient l'appauvrir ou être négatif pour son intérêt et son bien-être¹²⁴. C'est pour cette raison qu'il est soumis à l'autorité de ses représentants, en principe ses parents, et qu'il est considéré comme irresponsable dans certaines situations.

2) Les effets : une irresponsabilité et une soumission à l'autorité parentale

La personne mineure, en raison de son incapacité de principe, doit être représentée, notamment par ses parents qui détiennent l'autorité parentale¹²⁵. Ils ont donc un rôle important à jouer. L'article 371-1 du C.civ.fr. définit clairement ce qu'il faut entendre par « autorité parentale »¹²⁶. Il s'agit d'

« un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant.

Elle appartient aux père et mère jusqu'à la majorité ou l'émancipation de l'enfant pour le protéger dans sa sécurité, sa santé et sa moralité, pour assurer son éducation et permettre son développement, dans le respect dû à sa personne.

Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité. »

Par conséquent, les parents ont certaines obligations juridiques et morales à l'égard de leurs enfants, notamment celles de le protéger contre tout danger potentiel, comme la pornographie¹²⁷. Mais également, il leur appartient de subvenir à leur éducation et à leur

¹²⁴ « [L]e bien être des enfants est une responsabilité que partage toute la société canadienne » (GOUVERNEMENT DU CANADA, *Un Canada digne des enfants : Un plan d'action du Canada suite à la Session extraordinaire des Nations Unies consacrée aux enfants de mai 2002*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, avril 2004, p. 7).

¹²⁵ Autrefois, appelé la puissance paternelle (CA Poitiers, 21 oct. 1935, *RTD civ.* 1936, p. 459, obs. G. Lagarde).

¹²⁶ C.c.Q., art. 598 : « L'enfant reste sous l'autorité de ses père et mère jusqu'à sa majorité ou son émancipation »; art. 600 : « Les père et mère exercent ensemble l'autorité parentale. Si l'un d'eux décède, est déchu de l'autorité parentale ou n'est pas en mesure de manifester sa volonté, l'autorité est exercée par l'autre ».

¹²⁷ Le mineur est un être particulier qui est fragile et innocent d'où l'importance de le « protéger des tentations et du mal » (Patrice CORRIVEAU, *La censure et son utilité : le cas Internet*, Thèse de Maîtrise, Ottawa, Faculté des sciences sociales, Département de criminologie, Université d'Ottawa, 1998, en ligne : ProQuest <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=734127581&sid=1&Fmt=2&clientId=48948&RQT=309&VName=PQD>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 53).

surveillance¹²⁸. Dès lors, les parents deviennent les premiers responsables de la sécurité de leurs enfants¹²⁹. C'est ainsi que, pour certains fournisseurs d'accès à Internet, l'abonnement à leurs services requièrent l'âge de la majorité et, que si un mineur y accède, c'est « parce qu'un adulte s'est abonné et lui a confié un sous-compte. (...) La sécurité de l'utilisateur d'un sous-compte, par exemple d'un enfant, relève donc à leurs yeux de la responsabilité du principal détenteur du compte »¹³⁰, à savoir les parents le plus souvent. D'ailleurs, ils sont également responsables des faits de ces derniers dans certains cas. En effet, l'article 1384 al. 4 du C.civ.fr., dont le corollaire est l'article 1459 du C.c.Q.¹³¹, prévoit que « [l]e père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ». Autrement dit, les parents pourront être poursuivis pour les faits préjudiciables causés par leurs progénitures. Ils verront alors engager leur responsabilité civile, en raison de leurs obligations et devoirs de garde, de surveillance et d'éducation qu'ils doivent exercer¹³².

Toutefois, les parents sont tenus de respecter les droits des enfants, notamment de par les articles 12 à 14 de la *Convention internationale des droits de l'enfant*. En effet, les mineurs bénéficient de certains droits que les personnes majeures sont obligées de prendre en compte dans leur éducation¹³³. D'ailleurs, ces droits prennent de plus en plus de poids aux

¹²⁸ C.c.Q., art. 599 : « Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant »; art. 601 : « Le titulaire de l'autorité parentale peut déléguer la garde, la surveillance ou l'éducation de l'enfant »; art. 605 : « Que la garde de l'enfant ait été confiée à l'un des parents ou à une tierce personne, quelles qu'en soient les raisons, les père et mère conservent le droit de surveiller son entretien et son éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés ».

¹²⁹ C.c.Q., art. 32 : « Tout enfant a droit à la protection, à la sécurité et à l'attention que ses parents ou les personnes qui en tiennent lieu peuvent lui donner »; *Loi sur la protection de la jeunesse*, (préc., note 67), art. 2.2 : « La responsabilité d'assumer le soin, l'entretien et l'éducation d'un enfant et d'en assurer la surveillance incombe en premier lieu à ses parents »; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, préc., note 55, p. 32.

¹³⁰ *Id.*, CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS : « tout le monde reconnaît que tous les parents devraient s'intéresser de très près aux activités de leurs enfants, dans tous les domaines et en particulier sur Internet ».

¹³¹ « Le titulaire de l'autorité parentale est tenu de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute du mineur à l'égard de qui il exerce cette autorité, à moins de prouver qu'il n'a lui-même commis aucune faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur. Celui qui a été déchu de l'autorité parentale est tenu de la même façon, si le fait ou la faute du mineur est lié à l'éducation qu'il lui a donnée ».

¹³² Renée JOYAL, *Précis de droit des jeunes : Droit civil de l'enfance et de l'adolescence*, Tome 1, 3^e éd., Cowansville, Les Éd. Yvon Blais Inc., 1999, p. 163. Il ne s'agit que d'une présomption simple de faute.

¹³³ « Les engagements du Canada sont conformes aux quatre principes directeurs de la Convention : l'intérêt supérieur de l'enfant; la survie et le développement; la participation; et l'absence de discrimination. Comme tous les droits humains, les droits de l'enfant sont universels, indivisibles, interdépendants et interreliés » (GOUVERNEMENT DU CANADA, *Un Canada digne des enfants : Un plan d'action du Canada suite à la*

filles des années, ce qui met le mineur à une place privilégiée. C'est ainsi que l'intérêt de l'enfant et son bien-être doivent être pris en compte dans toutes les décisions le concernant¹³⁴. Autrement dit, les parents ont l'obligation d'exercer leur autorité dans l'intérêt de leur enfant et en respectant ses droits. L'autorité parentale a évolué puisque, « autrefois perçue comme un ensemble de droits des parents, elle est désormais considérée comme un ensemble de responsabilité à l'égard de l'enfant et de la société, dont droits et obligations traduisent les deux facettes »¹³⁵. Par conséquent, les mineurs ont quelques droits qui leur concèdent la possibilité de faire certains actes juridiques, notamment lorsqu'ils atteignent l'âge fatidique de la majorité civile.

B) Des aménagements législatifs ou jurisprudentiels : une cacophonie de capacité juridique

En France, comme « [a]u Québec, il est reconnu depuis plus de trente ans que l'enfant peut être en mesure d'exercer certains de ses droits avant d'atteindre la majorité. Il est admis que bien qu'il soit mineur au sens du droit civil, l'enfant acquiert avant la majorité la maturité suffisante pour prendre un certain nombre de décisions et en assumer les conséquences »¹³⁶. Il n'est donc pas soumis à une incapacité complète et absolue puisqu'il peut, en fonction de son âge et selon certaines conditions, exercer certains de ses droits (1), qui évoluent avec la société de son temps. Mais, ces aménagements peuvent causer certains désagréments avec l'autorité parentale (2).

1) Un âge différent selon les actes

Comme nous l'avons déjà mentionné, il existe un certain nombre d'âges différents au sein de la catégorie des mineurs qui entraîne, soit une responsabilité, soit une extension de ses droits¹³⁷. Selon « un seuil prédéterminé, basé sur un âge à partir duquel l'enfant est présumé

Session extraordinaire des Nations Unies consacrée aux enfants de mai 2002, préc., note 124, p. 6). Voir : Loi sur la protection de la jeunesse (préc., note 67) qui expose les droits de l'enfant aux articles 2.2 et suiv.

¹³⁴ C.c.Q., art. 33 : « Les décisions concernant l'enfant doivent être prises dans son intérêt et dans le respect de ses droits. Sont pris en considération, outre les besoins moraux, intellectuels, affectifs et physiques de l'enfant, son âge, sa santé, son caractère, son milieu familial et les autres aspects de sa situation ».

¹³⁵ R. JOYAL, préc., note 132, p. 90.

¹³⁶ C. BERNARD, préc., note 104, p. 3.

¹³⁷ *Supra*, p. 22.

posséder la capacité nécessaire pour accomplir certains actes »¹³⁸, il est admis que la personne mineure exerce quelques uns de ses droits civils, notamment dans les cas prévus par la loi ou la jurisprudence. Cet âge diffère d'un pays à l'autre. Au Québec, il est de quatorze ans ou de seize ans selon les actes à effectuer, et seulement de seize ans pour la France, mais avec des tolérances importantes. Il s'agit en général de l'âge de l'émancipation, seize ans, qui permet d'accroître la capacité du mineur (a). Des les autres cas, il s'agit juste d'un âge qui permet de faire un certain type d'actes qui sont prévus ou tolérés par le droit (b).

a) L'âge de l'émancipation : une pleine capacité

En droit québécois, il existe deux sortes d'émancipations. La première est dite pleine et correspond à celle prévue par le droit civil français. Elle a pour but de donner les mêmes droits civils que ceux prévus pour un majeur¹³⁹. La personne mineure n'est alors plus soumise à l'autorité parentale¹⁴⁰, puisqu'elle est assimilée à une personne adulte. Par contre, la seconde est dite simple. Elle est plus restrictive. En effet, la personne mineure possède un statut intermédiaire, à savoir qu'elle n'est plus assujettie à l'autorité parentale¹⁴¹, mais elle « ne met pas fin à la minorité »¹⁴². Elle peut, toutefois, faire plus d'actes juridiques que les simples mineurs du fait de son émancipation, même simple.

b) L'âge des actes de la vie courante : une incapacité partielle

Le mineur n'est pas totalement incapable. Il est seulement soumis à une incapacité partielle puisque le législateur et, parfois les tribunaux, lui confèrent la faculté de passer certains

¹³⁸ C. BERNARD, préc., note 104, p. 3.

¹³⁹ C.c.Q., art. 176 : « La pleine émancipation rend le mineur capable, comme s'il était majeur, d'exercer ses droits civils »; C.civ.fr., art. 481 (nouveau 413-6) : « Le mineur émancipé est capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile. Il doit néanmoins, pour se marier ou se donner en adoption, observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé ».

¹⁴⁰ C.civ.fr., art. 482 (nouveau 413-7) : « Le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère. Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation ».

¹⁴¹ C.c.Q., art. 171 : « Le mineur émancipé peut établir son propre domicile; il cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère ».

¹⁴² C.c.Q., art. 170 : « L'émancipation ne met pas fin à la minorité et ne confère pas tous les droits résultant de la majorité, mais elle libère le mineur de l'obligation d'être représenté pour l'exercice de ses droits civils ».

actes juridiques¹⁴³. C'est ainsi que l'article 156 du C.c.Q. prévoit que « [l]e mineur de quatorze ans et plus est réputé majeur pour tous les actes relatifs à son emploi, ou à l'exercice de son art ou de sa profession ». En d'autres termes, à partir de cet âge, le mineur a une certaine capacité pour prendre des engagements qui sont en rapport seulement avec les domaines cités¹⁴⁴. Dans les autres cas, il ne peut pas valablement passer un acte juridique.

Il en va de même pour les autres mineurs, puisque l'article 157 du même texte, dont son corollaire est l'article 389-3 dans le C.civ.fr.¹⁴⁵, énonce que « [l]e mineur peut, compte tenu de son âge et de son discernement, contracter seul pour satisfaire ses besoins ordinaires et usuels ». En outre, il peut également gérer « le produit de son travail et les allocations qui lui sont versées pour combler ses besoins ordinaires et usuels »¹⁴⁶. Il est clair que le législateur accorde au mineur un certain nombre de droits qui sont définis, soit par la loi¹⁴⁷, soit par la jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été considéré, par les tribunaux, comme un « besoin ordinaire et usuel », le fait de signer un bail résidentiel pour un mineur de dix-sept ans¹⁴⁸, de faire partie de plein droit d'un syndicat professionnel pour un mineur âgé de seize ans et plus, sinon il devra se faire représenter par son tuteur légal¹⁴⁹ et de souscrire une promesse unilatérale de somme d'argent pour éteindre une dette¹⁵⁰. Par contre, selon le droit français, il ne peut pas acheter une voiture car cela ne correspond pas à un acte de la vie courante¹⁵¹, ni ouvrir un compte bancaire¹⁵² ou passer une convention relative aux droits

¹⁴³ C.c.Q., art. 155 : « Le mineur exerce ses droits civils dans la seule mesure prévue par la loi ».

¹⁴⁴ *Banque de Montréal c. Ravi Jaipuria et une autre*, [1981] C.S. 321.

¹⁴⁵ « L'administrateur légal représentera le mineur dans tous les actes civils, sauf les cas dans lesquels la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes ».

¹⁴⁶ C.c.Q., art. 220.

¹⁴⁷ Par exemple, au Québec : *Loi sur les banques*, art.437 (droit d'ouvrir un compte en banque); *Loi sur l'aide financière aux étudiants*, art.17 (le droit de contracter un emprunt à titre d'étudiant). En France : dès l'âge de douze ans, possibilité d'ouverture d'un Livret jeune (*Loi du 12 avril 1996*, art. 28) et droit d'y déposer des sommes sans intervention du représentant légal (*Code monétaire et financier*, art. L221-24); Dès l'âge de quatorze ans, le droit de travailler pendant la moitié des vacances scolaires (*Code du travail*, art. L.211-1, al. 4); Dès l'âge de seize ans, le droit de conduire un tracteur agricole ou forestier (*Code de la route*, art. R221-20), de conduire une voiture dans le cadre de l'apprentissage anticipé de la conduite (la conduite accompagnée) (*Code de la route*, art. R 211-5), d'acheter ou de recevoir des boissons alcoolisées de seconde catégorie (vin, bière, cidre) dans les débits de boisson et tous commerces ou lieux publics (*Code de la santé publique*, art. L3342-1).

¹⁴⁸ *Solnica c. Allyn*, [1994] J.L. 200 (R.L.); *Immeubles Le Particulier Inc. c. Gourdeau*, [1996] J.L. 141 (R.D.L.).

¹⁴⁹ *Union des artistes c. Société Radio-Canada*, [1980] C.S. 1009, J.E. 80-977.

¹⁵⁰ *TI Montmorillon*, 19 mai 1982, J.C.P.1984.II.20219, note Montanier.

¹⁵¹ C.cass. civ., 9 mai 1972, *Bull.civ.* I, n°122; R.1971-1972, p. 13.

de la personnalité, comme le droit à l'image¹⁵³. Dans ce cas, un parallèle peut s'effectuer avec la sexualité et notamment sa représentation. En effet, elle est soumise au droit à l'image. Elle ne fait donc pas partie des actes de la vie quotidienne.

En outre, avec l'essor des nouvelles technologies de l'information, le mineur est plus souvent sollicité pour l'achat de divers objets comme les téléphones cellulaires¹⁵⁴, l'achat d'un ordinateur, de musique sur le réseau Internet¹⁵⁵ ou le paiement d'un abonnement à Internet. Ces actes juridiques sont considérés comme faisant partie des actes courants de la vie quotidienne par la jurisprudence qui essaie de s'adapter aux évolutions sociales. C'est ainsi que les juges français considèrent qu'une convention conclue par un mineur, dès lors qu'il a assez de discernement, est valable, si et seulement si, elle a été conclue à des conditions normales avec une valeur pécuniaire faible, qu'elle est autorisée par l'usage et qu'elle est couramment effectuée par un de ses pairs agissant seul¹⁵⁶. Cela leur laisse ainsi une certaine autonomie décuplée par l'arrivée d'Internet qui leur concède encore plus de liberté, alors que les contrôles sont de plus en plus difficiles. Or, les deux codes civils, français et québécois, ne prennent pas en compte cette évolution et ils laissent toute la responsabilité aux parents lorsque des dommages ont été engendrés par leurs progénitures, même en l'absence de faute. Il est donc difficile de trouver le juste milieu entre les droits accordés aux mineurs et l'autorité parentale.

2) La conciliation avec l'autorité parentale : la responsabilité civile et pénale des parents

L'exercice par le mineur de ses droits « écarte dans certains cas l'intervention parentale ou plus précisément le droit du parent de donner son propre consentement (...) puisque

¹⁵² CA Versailles, 26 oct. 1990, D.1993. Somm.125, obs. Lucet; C.cass.civ., 12 nov. 1998, (juil. 1999) *Les Petites Affiches* n°146, p. 20-21.

¹⁵³ CA Paris (1^{er} ch.B.), 31 oct. 1991, D.1992.IR.9.

¹⁵⁴ « Si 92% des 11-19 ans n'imaginent plus le monde sans un portable, 64% d'entre eux possèdent un mobile » (J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 32).

¹⁵⁵ *Id.*, p. 72; Selon Réseau Éducation-Médias, suite à un sondage *Les jeunes Canadiens dans un monde branché : phase II* (2003-2005), « Les jeunes utilisent Internet pour accéder au contenu des médias traditionnels. En 2^e secondaire (8^e année), les trois quarts (77 %) des jeunes téléchargent et écoutent de la musique sur leur ordinateur alors que le tiers (33 %) téléchargent des films et des émissions de télévision », en ligne : <<http://www.media-awareness.ca>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁵⁶ En combinant : C.civ.fr., art. 389-3 et 450.

l'enfant porte seul la responsabilité des conséquences de son acte »¹⁵⁷. Autrement dit, les mineurs sont personnellement responsables des faits et des gestes qu'ils font¹⁵⁸. Ils sont donc tenus des dommages causés par leur faute¹⁵⁹ ou par le fait des choses qui sont sous leur garde¹⁶⁰. Ils peuvent, de ce fait, engager leur responsabilité civile ou pénale, avec la possibilité pour leurs parents de se voir solidairement responsables civilement¹⁶¹. Une responsabilité de plein droit pèse sur les parents qui détiennent l'autorité parentale et lorsque l'enfant cohabite avec eux¹⁶². Par contre, en droit pénal, le mineur est seul responsable de ses actes. Mais là encore, les parents pourraient être tenus comme responsables en tant que complice ou co-auteur si les conditions sont remplies¹⁶³. Le professeur Christophe Radé qualifie cette situation de « bombe juridique », puisque les parents sont assujettis à des risques considérables¹⁶⁴. Or, le réseau Internet apporte de nouvelles contraintes pour ces derniers qui se retrouvent souvent démunis devant cette technologie qu'ils ne comprennent pas toujours. Leurs enfants ayant tendance à mieux la maîtriser et ainsi cacher ce qu'ils font¹⁶⁵. Il faut alors trouver un équilibre qui doit être « dicté par la notion, érigée en valeur primordiale, de l'« intérêt supérieur de l'enfant » »¹⁶⁶. De ce fait, ils ont, comme nous l'avons exposé précédemment, l'obligation de le contrôler,

¹⁵⁷ C. BERNARD, préc., note 104; C.cass.civ., 21 juin 1977, Juris-Data n°1977-000285, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁵⁸ C.cass., ass. plén., 9 mai 1984, 3 arrêts, n°80-93031; n°80-93481; n°79-16612, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009). Un mineur est civilement responsable des dommages qu'il cause peu importe son âge et sa capacité de discernement.

¹⁵⁹ C.civ.fr., art. 1382 et 1383; C.c.Q., art. 1457.

¹⁶⁰ C.civ.fr., art. 1384, al.1.; C.c.Q., art. 1465.

¹⁶¹ C.civ.fr., art. 1384; *Ordonnance de 1945*, préc., note 92, art. 6; C.c.Q., art. 1459 : « Le titulaire de l'autorité parentale est tenu de réparer le préjudice causé à autrui par le fait ou la faute du mineur à l'égard de qui il exerce cette autorité, à moins de prouver qu'il n'a lui-même commis aucune faute dans la garde, la surveillance ou l'éducation du mineur ».

¹⁶² C.cass.civ., 19 fév. 1997, Juris-Data n°93-14646, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶³ Anne DEBET, « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internaute », (Déc. 2005) 12 *Comm.com.électr.* n°40, 11-17, p. 16; C.pén., art. 121-7 : « Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ».

¹⁶⁴ J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 79 et 80.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 9 et 83, Propos de Joël THORAVAL : « En 2001, la SOFRES faisait apparaître que 72% des parents avaient le sentiment que leur enfant connaissait mieux l'Internet qu'eux-mêmes » ; A. DEBET, préc., note 163, p. 11 : « les adultes, en particulier les parents, ne savent pas exactement ce que font leurs enfants internautes. (...) L'ignorance s'explique aussi par le fait que les enfants surfent souvent seuls ».

¹⁶⁶ J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 16; *Convention internationale des Droits de l'enfant*, préc., note 81, art.18 (1) : « Les États parties s'emploient de leur mieux à assurer la reconnaissance du principe selon lequel les deux parents ont une responsabilité commune pour ce qui est d'élever l'enfant et d'assurer son développement. La responsabilité d'élever l'enfant et d'assurer son développement incombe au premier chef aux parents ou, le cas échéant, à ses représentants légaux. Ceux-ci doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant ».

de le surveiller et de le protéger de tout danger potentiel ou de tout acte pouvant être préjudiciable pour son patrimoine. Et ceci, aussi bien dans le monde réel que virtuel¹⁶⁷. D'ailleurs, l'article 227-17 du C.pén. punit tout manquement à ces obligations¹⁶⁸.

De multiples contenus illicites ou préjudiciables circulant sur Internet doivent, en principe, être supprimés ou contrôlés par les personnes responsables du mineur. Il en va ainsi lorsque celui-ci souhaite regarder un programme de télévision, des avertissements sont mis afin de prévenir les parents¹⁶⁹. Or, sur le réseau, il s'avère plus difficile de limiter ou de censurer tous ces contenus, notamment avec l'accès à Internet sur un certain nombre de supports mobiles¹⁷⁰, même si la technique permet de suppléer ce manquement¹⁷¹. Mais là encore, elle n'est pas certaine et absolue. En effet, 17 % des enfants de douze à dix-sept ans déclarent avoir déjà été en contact avec un site pornographique, un contenu violent ou traumatisant et 45,2 % des élèves de seconde affirment avoir été confrontés à des images pornographiques ou pédopornographiques¹⁷².

¹⁶⁷ A. DEBET, préc., note 163, p. 12.

¹⁶⁸ « Le fait, par le père ou la mère de se soustraire, sans motif légitime, à ses obligations légales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende ».

¹⁶⁹ Contrairement à Internet, la télévision est plus facilement contrôlable car elle possède un centre de contrôle comme le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) pour la France et le Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications Canadienne (CRTC) pour le Canada. Dernièrement, le Forum des droits de l'Internet a publié une Recommandation sur la « Classification des contenus multimédias mobiles ». Cette dernière souhaite l'harmonisation et une transparence des définitions des niveaux de classification des contenus à l'ensemble des opérateurs, de préciser le fonctionnement du dispositif d'auto-classification et du système de contrôle des engagements des éditeurs et enfin, d'articuler les différents contenus avec les systèmes de contrôle parental, afin d'en garantir l'efficacité. Et tout ceci, dans le but de garantir une meilleure protection des mineurs face au risque d'être en présence avec des contenus pouvant heurter leur sensibilité. (FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *Recommandation relative à la classification des contenus multimédias mobiles*, 17 oct. 2006, en ligne : <http://www.foruminternet.org>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁷⁰ Les téléphones cellulaires ou portables permettent aux mineurs de surfer sur Internet à tout moment et dans n'importe quel lieu. Dans ces conditions, il est indéniable que la surveillance des parents est plus difficile à se mettre en place. Voir : J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 32.

¹⁷¹ Par exemple, le développement de nombreux logiciels de filtrage, comme celui récemment qui permet de faire un filtrage à partir d'images et de vidéos (« Ed. Profil et LTU Technologies annoncent leur partenariat technologique », déc. 2007, en ligne : le magazine européen de la sécurité <<http://www.mag-secur.com>>, (consulté le 23 sept. 2009)), de lignes téléphoniques Hotlines pour dénoncer certains contenus ou de sites comme <<http://www.cyberaide.ca>>. Il existe également des sites entièrement consacrés aux mineurs, mais également des noms de domaine, comme « kid.eu » dont le contenu est conçu pour eux et régulièrement surveillé par une autorité indépendante (M.-A. LEDIEU, préc., note 83). En outre, les pouvoirs publics, notamment en France, ont développé des Réseaux d'écoute, d'accompagnement et d'appui des parents (REAAP), des Points Info Famille ou le site <<http://www.Service-Public.fr>>, dans le but d'aider les parents et la famille face aux nouvelles technologies de l'information. Voir : J. THORAVAL (dir.), préc., note 112.

¹⁷² *Id.*, J. THORAVAL (dir.), p. 44.

De nombreux mineurs sont encore seuls devant leur écran d'ordinateur sans aucune surveillance, alors que les parents ont l'obligation de les surveiller et de les protéger¹⁷³. Ils doivent éduquer leurs enfants dans toutes circonstances. La sensibilisation au danger, du monde réel ou virtuel, est un devoir qui relève de l'autorité parentale¹⁷⁴. C'est donc à eux, en tout premier lieu, à faire de la prévention contre les risques¹⁷⁵. Là encore, le contrôle parental se fait différemment selon l'âge. En effet, il semble que « [l]es plus jeunes (9-10 ans) sont manifestement plus limités et plus contrôlés par leurs parents que les enfants de 12-14 ans »¹⁷⁶. Car même s'ils possèdent certains droits, tels que celui de faire les actes de la vie courante, ils doivent néanmoins rendre des comptes à leurs parents.

Les mineurs, grâce à Internet, peuvent se faire passer sous couvert de l'anonymat pour une autre personne¹⁷⁷, voire un adulte, et ainsi accéder à du matériel inadéquat pour leurs âges¹⁷⁸ ou divulguer des informations de nature privée ou utiliser son image, notamment à des fins sexuelles. Or, en principe, les parents doivent donner leur accord dans ces cas

¹⁷³ « En 2001, 7 % indiquaient utiliser Internet en compagnie d'un parent ou d'un adulte la plupart du temps alors qu'en 2005, ce pourcentage est de 13 % » (RÉSEAU ÉDUCATION-MÉDIAS, *Les jeunes Canadiens dans un monde branché : phase II* (2003-2005), préc., note 155). En outre, il est recommandé de ne pas installer un ordinateur connecté à Internet dans la chambre d'un adolescent (Anne CHEMIN, « Il ne faut pas installer un ordinateur connecté à Internet dans la chambre d'un adolescent » *Le monde*, 21 sept. 2005). Voir : Anne CHEMIN et Stéphanie GUERRIN, « Une petite minorité de parents contrôlent l'activité de leurs enfants sur la Toile », *Le monde*, 21 sept. 2005; Alain GAMI, « Pornographie (I, 1) : Que représente la pornographie? », dans Simone BATEMAN (dir.), *Morale sexuelle*, vol.4, Paris, CERSES, 2001, p. 33, à la page 59.

¹⁷⁴ « Tout comme nous devons prévenir nos enfants des dangers de la rue afin qu'ils puissent jouer dehors en toute sécurité, nous devons leur enseigner certaines règles élémentaires au sujet de l'autoroute de l'information » (Gareth SANSOM, *Le contenu illégal et offensant sur l'autoroute de l'information*, Document d'information, Industrie Canada, 1995, en ligne : <<http://www.ifla.org/documents/infopol/canada/ihac009f.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 35).

¹⁷⁵ *Id.*, p. 34 : « Dans un dépliant intitulé « Child Safety on the Information Highway », le National Centre for Missing and Exploited Children déclare ceci : [Traduction] La meilleure façon de vous assurer que vos enfants vivent des expériences en ligne positives consiste à rester au courant de ce qu'ils font. Un moyen de le faire est de passer du temps avec eux lorsqu'ils sont en ligne. Amenez-les à vous montrer ce qu'ils font et demandez-leur de vous apprendre à accéder aux services ».

¹⁷⁶ COMMISSION EUROPÉENNE, *Internet plus sûre pour les enfants, Études qualitative dans 29 pays européens*, Rapport de synthèse, Direction générale Société de l'information et médias, Gambais, OPTEM, mai 2007, en ligne : <http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/docs/eurobarometer/qualitative_study_2007/summary_report_fr.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 5.

¹⁷⁷ « Internet offre aux jeunes un environnement où ils se sentent anonymes. Dans ce contexte, la majorité d'entre eux (59 %) affirment avoir assumé une identité autre que la leur. De ce nombre, 17 % ont prétendu être quelqu'un d'autre « pour pouvoir être méchant sans craindre d'en subir les conséquences » » (RÉSEAU ÉDUCATION-MÉDIAS, *Les jeunes Canadiens dans un monde branché : phase II* (2003-2005), préc., note 155).

¹⁷⁸ *Id.*, « Près du tiers des 50 sites Web préférés des jeunes proposent du contenu violent (28 %) ou à caractère hautement sexuel (32 %). Ces sites apparaissent le plus souvent sur la liste des sites préférés des jeunes de 2^e et 3^e secondaire (8^e et 9^e année) ».

précis¹⁷⁹. Toutefois, les personnes mineures démontrent un certain engouement en ce qui concerne les « sites tribus », tels que les plus connus « Facebook » et « MySpace »¹⁸⁰. Ces sites permettent aux internautes de rester en contact avec leur tribu d'amis et les amis de leurs amis. Il s'agit d'une sorte de « journal intime » qui expose la vie privée de l'auteur illustré, généralement, par des photos personnelles, ses intérêts ou ses opinions. De ce fait, il règne sur la toile un certain dévoilement de la vie privée ou « une logique d'exhibition, de l'exposition de l'intimité dans l'espace public »¹⁸¹. Cela rejoint également les « blogs »¹⁸² qui sont devenus les vitrines de la vie de chacun ou un moyen de défoulement parfois contraire à la loi. Ceux-ci peuvent poser quelques problèmes, notamment avec les droits des mineurs contraints à des restrictions juridiques et par rapport à leur responsabilité pénale qui peut être engagée¹⁸³. Lors de l'inscription à ces sites, un certain nombre de données personnelles sont demandées, civiles ou politiques, qui peuvent être préjudiciables pour la personne, surtout si elle est mineure. En effet, l'inscription à un formulaire, électronique ou papier, doit être en principe rempli sous la surveillance d'un parent qui doit donner son consentement¹⁸⁴. Or, « [l]a majorité (90 %) des 50 sites préférés cités par les jeunes ont un processus d'inscription où on leur demande de fournir des renseignements personnels »¹⁸⁵ et il est clair que les parents n'ont pas forcément consenti à toutes ces inscriptions.

En outre, le réseau Internet permet aux mineurs de communiquer avec toutes personnes connectées et même avec des inconnus qui, en principe, n'auraient pas été rencontrés dans la vie réelle. Cette nouvelle manière de communiquer entraîne inévitablement de nouveaux

¹⁷⁹ En cas de divulgation de faits relatifs à la vie privée du mineur : C.cass., 1re civ., 18 mai 1972, n° 70-13.377, éd. René Julliard SA et a. c. *Épx Rossi*, Bull.civ. 1972, I, n° 134 ; J.C.P.G.1972.II.17209, note R. Lindon. En cas d'utilisation de son image : C.cass., 1re civ., 12 déc. 2000, n° 98-21.311, X. c. *Julien*, Juris-Data n° 2000-007309 ; D.2000, p. 2064, note J. Ravanais; ibid. somm. p. 2078, obs. Ch. Caron, C.cass.crim, 27 fév. 2007, Juris-Data n°2007-037663, *Comm.com.électr.* avril 2007, n°4, comm. 63, A. Lepage.

¹⁸⁰ Voir définitions sur Wikipédia, en ligne : <<http://fr.wikipedia.org>>.

¹⁸¹ Propos de Olivier TRÉDAN, dans J. THORAVALE (dir.), préc., note 112, p. 36.

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ Par exemple en cas de divulgation de tout élément relatant la vie privée (C.pén., art. 226-2) ou de montage utilisant des images et des paroles d'une personne sans son consentement (art. 226-8).

¹⁸⁴ Voir : Rapport de la CNIL, préc., note 2.

¹⁸⁵ « Presque le tiers des jeunes disent qu'ils donneraient leur nom réel et leur adresse pour s'abonner à un service de compte de courrier électronique gratuit (30 %) ou pour créer un profil en ligne un site comme MSN (27 %). Dix-neuf pour cent fourniraient ces renseignements pour participer à un concours en ligne. Les jeunes sont plus susceptibles de fournir des renseignements personnels permettant de les identifier sur un site commercial que dans un environnement interactif comme une salle de clavardage. Seulement 7 % des élèves divulguent leur nom réel et leur adresse dans un bavardoir ou un profil sur un site de rencontres. Cependant, le tiers des jeunes (34 %) donneraient leur adresse de courriel dans un bavardoir » (RÉSEAU ÉDUCATION-MÉDIAS, *Les jeunes Canadiens dans un monde branché : phase II* (2003-2005), préc., note 155).

risques envers la personne mineure qui ne se rend plus forcément compte du danger¹⁸⁶. Le devoir des parents est mis à rude contribution, puisqu'ils ne peuvent pas être toujours présents et remplir correctement leurs obligations. Le développement de la technique vient en quelque sorte suppléer cette surveillance. Toutefois, les mineurs semblent de plus en plus au courant des risques pouvant être rencontrés sur Internet¹⁸⁷, notamment aux contenus à caractère sexuel, mais cela ne les arrêtent pas pour autant¹⁸⁸.

Toujours dans l'optique de protéger les mineurs, le législateur a mis en place un système fondé également sur le critère de l'âge pour tout ce qui touche à la sexualité. C'est ainsi qu'une majorité sexuelle a été décidée et elle diffère en général de la majorité civile, car plus précoce. Il s'agit de « l'âge à partir duquel un individu peut avoir librement une relation sexuelle »¹⁸⁹, sans être inquiété du choix de son partenaire sexuel. Les adolescents possèdent ainsi une certaine liberté sexuelle.

Section2: Un âge différent en matière sexuelle : la reconnaissance d'une majorité sexuelle

Il est acquis, depuis déjà longtemps, que les adolescents peuvent avoir des relations sexuelles à partir d'un certain âge, celui de la majorité sexuelle, contrairement aux enfants¹⁹⁰. Toutefois, cette reconnaissance à une liberté sexuelle est perçue différemment

¹⁸⁶ « À la différence des chats, la messagerie instantanée permet de sélectionner les personnes à qui l'on accepte de parler et présenter a priori moins de dangers. L'utilisateur dresse une liste des personnes autorisées à entrer en communication avec lui et peut bloquer l'intrusion de personnes inconnues ou indésirables. Tout risque n'est pas pour autant éliminé. Il peut, en effet, être tentant pour les adolescents de posséder un nombre important de contacts. D'après le Réseau Éducation Médias, plus de la moitié des jeunes Canadiens reconnaissent communiquer avec des inconnus » (J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 28) ; « Les enfants disposent donc désormais d'un nouveau mode de communication et d'expression sur lequel les adultes n'exercent qu'un contrôle limité. Or, les utilisateurs d'Internet peuvent être source de très nombreux dangers. Ces dangers ne sont toujours pas perçus par les parents, qui croient leur enfant en sécurité chez eux » (A. DEBET, préc., note 163).

¹⁸⁷ Voir : Rapport de la COMMISSION EUROPÉENNE, *Internet plus sûre pour les enfants, Études qualitatives dans 29 pays européens*, préc., note 176.

¹⁸⁸ 75% des adolescents et 71% des jeunes adultes ont envoyés des contenus sexuellement explicites alors qu'ils savent que cela peut avoir de sérieuses conséquences négatives (THE NATIONAL CAMPAIGN TO PREVENT TEEN AND UNPLANNED PREGNANCY ET COSMOGIRL.COM, *Sex and tech: Results from a survey of teens and young adults*, 2008, en ligne: <www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3).

¹⁸⁹ M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 178.

¹⁹⁰ « À mélanger savamment la sexualité des adolescents et la sexualité des enfants, le législateur opère en tout cas une mise à l'abri efficace de sa production: tout critique se verra accuser de pédophilie, ce qui mettra fin à bien des vocations contestataires » (Jean-François CHASSAING, « Le consentement. Réflexions

par les pays du fait de conceptions morales, religieuses, politiques ou sociologiques souvent opposées. En effet, la majorité sexuelle peut varier entre douze et dix-huit ans entre les pays, même au sein de l'Europe qui n'a jamais pu s'entendre sur une majorité sexuelle uniforme¹⁹¹. Ces disparités posent de sérieuses difficultés de coopération entre les États européens, mais également avec les autres pays (I). Ces disparités d'âges et d'opinions entraînent parfois des irrationalités juridiques qui mettent en évidence certains « tabous sexuels » en ce qui concerne plus spécialement les adolescents qui possèdent normalement l'âge du discernement sexuel (II).

I. La disparité des majorités sexuelles : un problème majeur pour la coopération

L'adolescent peut valablement consentir à une relation sexuelle dans les limites fixées par la loi. Autrement dit, lorsqu'il aura atteint l'âge déterminé par le législateur, il pourra exercer librement son consentement dans des activités sexuelles sans pour autant avoir l'âge qui lui permettra d'accéder à la pornographie en tant que spectateur ou acteur. En effet, il existe, en plus de majorités sexuelles différentes d'un pays à l'autre (A), une majorité différente pour la pornographie (B).

A) L'âge du consentement à une relation sexuelle : souvent plus précoce

La disparité des âges en matière sexuelle est une des raisons des problèmes rencontrés dans l'efficacité de la lutte contre la pédopornographie. Ce flou juridique a des répercussions non

historiques sur une incertitude du droit pénal », dans Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK (dir.), *Liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 65-88, à la page 86).

¹⁹¹ M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 179; « En effet, il n'est pas besoin d'aller fort loin pour constater d'importantes disparités concernant le critère d'âge puisqu'on peut déjà remarquer qu'au sein des pays de l'Union européenne, l'âge auquel un mineur peut légalement avoir des relations sexuelles avec un adultes varie de 12 à 18 ans » (T. PANEPINTO, préc., note 55, p. 19 et 46); MAPI, préc., note 63, p. 11; Y POULET, préc., note 89, p. 10 : « La définition de cette notion est laissée à la souveraineté des États, ces derniers n'ayant jamais pu s'accorder au sein de l'Union sur les contours de pareille notion ». D'ailleurs, la *Décision-cadre n°2004/68/JAI* (préc., note 87) se réfère seulement à « la victime n'ayant pas atteint la majorité sexuelle conformément à la législation nationale ». D'après, l'auteur Isabelle WATTIER, dans son article « Responsabilité et responsabilisation du législateur – Le cas de l'irrecevabilité du consentement des mineurs et la notions de « majorité sexuelle » », (dans Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, p. 387-396, à la page 388) « [L]es États membres n'ont pu s'accorder ni d'un âge de référence unique (commun à toutes les infractions à caractère sexuel) ni de seuils d'âge uniformisés (commun à tous les États membres) ».

négligeables. En effet, un acte sexuel peut être une infraction dans un pays sans pour autant l'être dans un autre¹⁹². Cela a pour conséquence qu'une personne accusée d'agression ou d'atteinte sexuelle sur un mineur sera considérée comme un délinquant sexuel selon où elle se trouve, puisque tout repose sur le critère de l'âge. Or, Internet est un vecteur mondial qui entraîne une certaine internationalisation des infractions. La capacité sexuelle en France et au Canada a été limitée à deux âges différents, même si assez similaires. Elle est fixée à quinze ans pour le premier, alors qu'elle est à seize ans pour le second depuis peu¹⁹³. Toutefois, une nuance doit être apportée pour le droit pénal français où le consentement de la personne mineure possède une place plus importante (1), qu'en droit criminel canadien (2). Une autre précision doit être ajoutée. En effet, il ne faut pas oublier que certains mineurs peuvent demander l'émancipation qui confère à ce dernier tous les droits et obligations d'un adulte. De ce fait, il obtient à seize ans, avant l'âge de la majorité sexuelle, une indépendance sexuelle comme n'importe quelle personne majeure.

1) En droit pénal français : l'importance du consentement

Le régime juridique de la protection des enfants est fondé sur l'âge du mineur, à savoir quinze ans et, sur le fait qu'il y a eu ou non consentement à la relation sexuelle. Il s'agit d'une majorité sexuelle relative ou d'un âge de référence. En effet, « il apparaît que le législateur (...) n'a pas voulu condamner la sexualité entre jeunes adolescents, tout en vouant à l'enfer les relations sexuelles d'un adulte avec un jeune adolescent »¹⁹⁴. Autrement dit, il n'y a pas d'âge en dessous duquel un mineur peut consentir à un acte sexuel avec un autre mineur. Seules les relations sexuelles avec une personne majeure sont contrôlées et limitées à la majorité sexuelle. Ils peuvent donc consentir, à avoir n'importe quelle activité sexuelle avec n'importe quel autre mineur, quel que soit son âge, tant qu'il y a consentement mutuel¹⁹⁵. Tout viol¹⁹⁶ ou toute agression sexuelle¹⁹⁷ est punie par la loi, sans

¹⁹² MAPI, préc., note 63, p. 2. D'ailleurs, selon MAPI, certaines définitions « et notamment celles relatives à la maturité biologique peuvent servir à légitimer un certain nombre de pratiques sexuelles à l'égard d'enfants sous prétexte qu'ils sont plus matures biologiquement »; M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 3.

¹⁹³ *Loi sur la lutte contre les crimes violents*, L.C. 2008, c.6.

¹⁹⁴ J.-F. CHASSAING, préc., note 190, p. 87-88.

¹⁹⁵ Par exemple, un adolescent de seize ans peut avoir une relation sexuelle avec un autre mineur de douze ans sans être inquiété tant que ce dernier a donné un consentement valable.

¹⁹⁶ C.pén., art. 222-23 : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

considération pour l'âge de la personne mineure. Celui-ci n'étant qu'une circonstance aggravante¹⁹⁸. En effet, dès que le consentement n'a pas été donné, il y a violence, ce qui constitue une infraction pénale¹⁹⁹.

La législation française fait une distinction entre l'atteinte et l'agression sexuelle définies selon l'âge et le consentement du mineur. L'article 227-25 du C.pén. incrimine « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans ». Par contre, s'il use de la violence, de la contrainte, de menace ou de la surprise, l'infraction sera qualifiée d'agression sexuelle, selon l'article 222-29 du C.pén.. Lorsque le mineur a plus de quinze ans, il ne peut y avoir d'atteinte sexuelle que dans le cas où l'adulte use de son autorité sur le mineur pour obtenir des faveurs sexuelles²⁰⁰.

Toute la législation pénale en matière sexuelle est, par conséquent, fondée sur le consentement et le mineur ne peut pas valablement le donner pour une relation sexuelle, notamment en dessous de quinze ans. En effet, à cet âge le mineur est censé ne pas avoir assez de discernement pour donner un consentement éclairé et en connaissance de cause. C'est ainsi que le législateur a décidé que quinze ans était l'âge du discernement pour le mineur pour accepter une relation sexuelle avec un adulte. Toutefois, l'âge du mineur ne constitue pas une condition nécessaire pour constituer l'infraction en cas d'agression sexuelle²⁰¹. Il faut pour cela caractériser cette dernière par ces éléments constitutifs, à

¹⁹⁷ C.pén., art. 222-27 : « Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

¹⁹⁸ C.pén., art. 222-29 (agressions sexuelles) et 222-24 (viol).

¹⁹⁹ C.pén., art. 222-22 : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».

²⁰⁰ C.pén., art. 227-27 : « Les atteintes sexuelles sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans et non émancipé par le mariage sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende : 1° Lorsqu'elles sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ; 2° Lorsqu'elles sont commises par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

²⁰¹ Marie-Dominique TRAPET, « Les atteintes à l'intégrité physique et psychique ainsi qu'à la dignité de la personne », dans Joseph PINI et autres, *Le sexe, la sexualité et le droit*, Paris, éd. Pierre Téqui, 2002, p. 109 à 159, à la page 139.

savoir matérialiser la surprise, la contrainte, la violence ou la menace; la minorité de la victime ne constituant qu'une circonstance aggravante à l'infraction²⁰².

Il en va différemment pour les atteintes sexuelles sur mineur. En effet, dans ce cas, l'indication de l'âge du mineur, quinze ans, ne représente qu'un élément constitutif de l'infraction et en aucune manière une circonstance aggravante²⁰³. Par contre, le consentement obtenu de la part d'un mineur de quinze ans n'est pas valide. D'ailleurs, cela constitue une circonstance aggravante à l'infraction, puisque la qualification d'agression sexuelle encoure des peines plus importantes²⁰⁴. Le consentement devient, par conséquent, un critère essentiel dans l'évaluation des rapports sexuels légaux ou illégaux.

Contrairement à d'autres pays, la France a seulement fixé un âge pour les relations sexuelles effectuées avec une personne majeure. Autrement dit, les mineurs peuvent entretenir des activités sexuelles avec d'autres mineurs; celles-ci relevant de l'éducation parentale. L'âge n'est qu'une condition permettant de caractériser une infraction ou une circonstance aggravante. En d'autres termes, le consentement représente la condition nécessaire et suffisante pour qualifier les infractions de viol, d'atteinte ou d'agression sexuelle. La minorité n'étant qu'une condition parmi tant d'autres. Pour certains auteurs, le droit pénal français aurait tendance à s'orienter vers une forme de contractualisation ou de consensualisme en mettant le critère du consentement au centre de ce droit²⁰⁵. Le législateur protège les mineurs mais, le consentement semble être le pilier du système pénal français, contrairement au droit criminel canadien.

²⁰² Par exemple : C.cass.crim., 21 oct. 1998, *Bull.crim.*, n°274; D.1999.75, note Y.Mayaud; C.cass.crim., 1^{er} mars 1995, *Bull.crim.*, n°92, D.1996. Somm.241, obs. Malbrancq-Decourcelle.

²⁰³ Par exemple: C.cass.crim., 6 nov. 1956, *Bull.crim.*, n°710; C.cass.crim., 19 déc. 1967, *Bull.crim.*, n°333; *Gaz.Pal.* 1968.1.275; C.cass.crim., 9 oct. 1968, *Bull.crim.*, n°247.

²⁰⁴ C.pén., art. 222.-23 et suiv.

²⁰⁵ Voir : Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal? », p. 323-342; Michel VAN DE KERCHOVE, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale: portée et enjeux », p. 397-406, dans F. DIGNEFFE et T. MOREAU (dir.), préc., note 191; Xavier PIN, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002 (L'auteur considère, au contraire, que le rôle croissant du consentement en droit pénal n'évolue nullement une contractualisation de la matière).

2) En droit criminel canadien : une majorité sexuelle bien définie

La majorité sexuelle au Canada est fixée à seize ans, selon l'article 150.1 (1) du C.crim.²⁰⁶. Le législateur a déterminé un âge charnière permettant de donner valablement son consentement à une relation sexuelle avec une autre personne mineure ou majeure²⁰⁷. En effet, il s'agit d'une vraie majorité sexuelle, contrairement au droit français, puisque le mineur ne peut pas en dessous de seize ans entretenir une activité sexuelle, qu'il y ait ou non consentie²⁰⁸. Toutefois, deux exceptions ont été mises en place pour éviter de criminaliser les ébats sexuels entre mineurs ayant une proximité d'âge. C'est ainsi que l'article 150.1 (2) du même code énonce que les personnes âgées de douze ans ou plus, mais moins de quatorze ans, soit de douze ou treize ans, peuvent consentir à des actes sexuels, si et seulement si, l'autre personne est âgée de moins de deux ans de son aîné et qu'il ne soit pas en situation de dépendance ou d'exploitation²⁰⁹. Ensuite, la seconde exception de l'article 150.1 (2.1) prévoit une exception de « proximité d'âge » de cinq ans, lorsque les adolescents auront entre quatorze et seize ans. C'est ainsi qu'il est permis aux mineurs âgés de quatorze ou quinze ans de consentir à des relations sexuelles, si et seulement si, la personne est âgée de moins de cinq ans de son aîné et qu'il ne soit pas en situation de dépendance ou d'exploitation. Mais également, lorsqu'ils sont mariés, puisqu'ils obtiennent la pleine capacité juridique. Par conséquent, les mineurs âgés entre douze et seize ont le droit d'entretenir une activité sexuelle dans certaines limites, telles que ci-dessus exposées. Ces différentes dispositions démontrent la difficulté à traiter du régime des mineurs en matière de sexualité. Dans tous les cas, le critère de l'âge prend toute son

²⁰⁶ « Sous réserve des paragraphes (2) à (2.2), lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151 ou 152 ou aux paragraphes 153(1), 160(3) ou 173(2) ou d'une infraction prévue aux articles 271, 272 ou 273 à l'égard d'un plaignant âgé de moins de seize ans, ne constitue pas un moyen de défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation ».

²⁰⁷ « En ce qui concerne les mineurs, leur consentement sera, ou ne sera pas considéré selon qu'ils sont âgés de plus ou de moins de 14 ans, notamment dans le cas de relations sexuelles » (Christiane LUSSIER, *Le consentement de la victime en matière d'infractions contre les personnes*, Cowansville, Les éd. Yvon Blais, 1999, p. 8).

²⁰⁸ *R. c. Hess, R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, 1990 CanLII 89, p. 19 et 20 : « En outre, il me semble que si le législateur est d'avis que les enfants en dessous d'un certain âge ne sont pas en mesure de décider d'une façon éclairée s'ils doivent s'exposer aux risques que comportent les rapports sexuels précoces, il est donc logique que le législateur élimine le consentement comme moyen de défense ».

²⁰⁹ Voir : Robin MACKAY, *Projet de loi C-2 : Loi modifiant le Code criminel (Protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la loi sur la preuve au Canada*, Ottawa, Division du droit et du gouvernement, 13 oct. 2004.

importance pour qualifier un acte d'infraction ou non avec, en outre, le critère du consentement²¹⁰.

D'ailleurs, cet âge, qui fixe la majorité sexuelle, a toujours suscité, depuis des années, des débats mouvementés au sein de la communauté canadienne pour savoir s'il fallait l'augmenter ou non jusqu'à seize ans, sachant qu'il était au départ à quatorze ans²¹¹. En général, l'argument pour la hausse de l'âge du consentement est qu'il protégera mieux les mineurs de quatorze à dix-huit ans contre l'exploitation sexuelle, en raison de leur manque de maturité nécessaire pour consentir à des activités sexuelles. Par contre, les autres considèrent que cela permettra seulement de criminaliser les actes sexuels entre mineurs en limitant leur liberté sexuelle²¹². Depuis le 28 février 2008, c'est chose faite avec la *Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*²¹³. Dans tous les cas, le critère de l'âge reste toujours l'élément essentiel dans le régime juridique de protection des mineurs, même en matière sexuelle.

Contrairement au droit pénal français, les mineurs canadiens sont plus contrôlés dans leur sexualité et tout le système est fondé sur l'âge de la majorité sexuelle qui est choisi de manière arbitraire par le législateur. C'est ainsi qu'ils ne peuvent pas avoir toutes les relations sexuelles qu'ils souhaitent avec n'importe quelle personne. En effet, le critère de l'âge va permettre de définir si la relation est licite ou non. Autrement dit, « la loi fait une distinction entre les relations sexuelles entre un adulte et un adolescent, et les rapports

²¹⁰ *Infra*, p. 135.

²¹¹ Voir les divers arguments dans Marilyn PILON, *Âge requis au Canada pour consentir à des actes sexuels*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1999; Alec CASTONGUAY, *Exception pour les jeunes de 14 à 16 ans : Ottawa haussera bientôt l'âge du consentement sexuel, mais avec nuance*, 1^{er} juin 2006, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>, (consulté le 23 sept. 2009). Certains veulent même augmenter l'âge de la majorité sexuelle à dix-huit ans (ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Protection des enfants : présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, nov. 2004, en ligne : <<http://www.evangelicalfellowship.ca>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6 et 7).

²¹² Voir : CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant l'âge du consentement*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, n°102, 19 mai 2005, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009); CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à la modification du Code criminel (Projet de loi C-2)*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, 13 oct. 2004, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 36; CHAMBRE DES COMMUNES, *Discours du parrain à la deuxième lecture du Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, Débats parlementaires, 38^e législature, 1^{ère} session, 13 oct. 2004, en ligne : LEGISinfo Bibliothèque du Parlement <<http://www.parl.gc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009).

²¹³ *Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, préc., note 193.

sexuels entre adolescents consentants »²¹⁴. Or, il est plus judicieux de fonder l'infraction sur le consentement et la nature de l'acte que sur le seul critère de l'âge en tant que tel, puisque certaines situations peuvent être alors évitées. En effet, un mineur de dix-sept ans ne peut pas avoir de relation sexuelle avec un mineur de onze ans²¹⁵. Toutefois, un mineur de seize ans le peut valablement avec une autre personne de vingt ans, du moment qu'il n'y a pas d'exploitation ou de dépendance²¹⁶. Le droit canadien prévoit des moyens de défense afin d'alléger le système et ainsi privilégier le cas par cas. En effet, il est possible que l'infraction ne soit pas établie si la personne accusée « a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant »²¹⁷. Néanmoins, il semble que le législateur canadien fait preuve à l'égard des mineurs d'un certain paternalisme, mais également d'une certaine insécurité juridique.

Il existe, par conséquent, une véritable interdiction d'avoir une relation sexuelle avec une personne n'ayant pas l'âge de la majorité sexuelle prévu par la loi. Et contrairement au droit français, elle concerne tous les mineurs nonobstant l'exception légale prévue. Toutefois, il y a bien un âge en dessous duquel le législateur canadien considère qu'il n'est pas possible d'avoir assez de discernement pour accepter des actes sexuels. Or, comme nous l'avons déjà exposé, le mineur possède de nombreux droits, avant l'âge de la majorité civile. Il est donc assez capable pour être responsable pénalement²¹⁸, pour faire certains achats ou boire de l'alcool, mais pas pour consentir à des actes sexuels. Il est indéniable que les personnes mineures doivent être protégées contre certains actes qui pourraient être néfastes pour leur développement physique et psychique. Toutefois, cette multitude d'âge pour les différents

²¹⁴ C. LUSSIER, préc., note 207, p. 107.

²¹⁵ Pour exemple : *R. c. Ferguson*, (1987) 36 C.C.C. (3d) 507 (C.A.C.-B.).

²¹⁶ C.crim., art. 153 (1.2) : « (1.2) Le juge peut déduire de la nature de la relation entre la personne et l'adolescent et des circonstances qui l'entourent, notamment des éléments ci-après, que celle-ci est dans une relation où elle exploite l'adolescent : a) l'âge de l'adolescent; b) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent; c) l'évolution de leur relation; d) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent ».

²¹⁷ C.crim., art. 150.1 : « (4) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de quatorze ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 151 ou 152, des paragraphes 160(3) ou 173(2) ou des articles 271, 272 ou 273 que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant » et « (5) Le fait que l'accusé croyait que le plaignant était âgé de dix-huit ans au moins au moment de la perpétration de l'infraction reprochée ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée en vertu des articles 153, 159, 170, 171 ou 172 ou des paragraphes 212(2) ou (4) que si l'accusé a pris toutes les mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge du plaignant ».

²¹⁸ En effet, les adolescents peuvent être reconnus responsables pénalement. Au Canada, cet âge est de douze ans (C.crim., art. 13), alors qu'en France, le système pénal relatif à la délinquance juvénile possède tout un arsenal répressif en fonction de l'âge du mineur (Voir : *Ordonnance de 1945*, préc., note 92). Voir : *Supra*, p. 27.

actes entraînent un régime complexe et un peu irrationnel, surtout au niveau de la sexualité. Une question se pose. Pourquoi dans certains pays, il est considéré valable qu'un mineur accepte des relations sexuelles à l'âge de douze ans²¹⁹ et, dans d'autres, il faut attendre quatorze ou seize ans? Faut-il faire le même choix que la France qui légalise les activités sexuelles entre mineurs seulement, sachant que la majorité civile est différente de la majorité sexuelle? Pourquoi? La solution serait peut-être d'accorder les deux âges de majorités pour obtenir un système plus juste et légaliser les relations sexuelles entre mineurs comme en droit pénal français. L'absence de consentement deviendrait, dans tous les cas, une agression sexuelle que la personne victime, soit mineure ou majeure; la minorité ne devenant qu'une circonstance aggravante à l'infraction²²⁰.

De manière générale, aussi bien en droit canadien que français, les parents ont un rôle à jouer, même dans le domaine de la sexualité. Ils restent les premiers responsables des faits de leurs enfants²²¹. Il leur appartient, par conséquent, de contrôler ce qu'ils font et avec qui dans le cadre de l'exercice de l'autorité parentale. C'est pour cette raison qu'ils peuvent être en désaccord avec les agissements de leurs enfants et prendre les mesures nécessaires pour y mettre fin. En cas d'absence de consentement du mineur ou d'atteinte à sa personne par quelque moyen qu'il soit, les parents, sous couvert de l'autorité parentale, ont l'obligation d'agir en justice pour faire réparer les dommages engendrés sur la personne mineure. Dans tous les cas, les parents doivent entretenir et surveiller leurs enfants, même en ce qui concerne les choses sexuelles, sachant qu'il existe un âge différent pour la pornographie.

²¹⁹ Par exemple, en Espagne.

²²⁰ Les auteurs Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER (préc., note 14, p. 315) donnent leur solution. Ils suggèrent, selon leur mythe Postsexopolis (leur société sexuelle idéale), d'abolir toute minorité sexuelle puisque « ce n'est pas la loi qui vient dire quand un individu est « sexuellement majeur ». La majorité civile est fixée à seize ans et elle vaut dans tous les domaines. Comme dans toutes les législations des pays civilisés, les délits et les crimes commis sur des mineurs sont aggravés. Donc si les enfants ne sont pas consentants, il n'y a pas vraiment de problème juridique : il s'agit d'une violence aggravée. De même, les pénétrations génitales ou anales sur des enfants impubères sont automatiquement considérées comme des violences, que l'enfant se prétende « consentant » ou non : question d'anatomie. Cependant, ce n'est pas la loi qui décide de la puberté; celle-ci fait, au cas par cas, l'objet d'une expertise, et il n'est guère difficile pour les médecins de se prononcer sur des critères physiologiques. Le vrai problème, c'est qu'un mineur de moins de seize ans n'est pas censé pouvoir consentir à n'importe quoi comme peut le faire un adulte. (...) À Postsexopolis, il existe une instance chargée de veiller aux droits personnels des mineurs et des incapables majeurs (...). Elle a pour mission de vérifier que le consentement du mineur n'est pas vicié, qu'il n'a pas fait l'objet d'un abus d'autorité, de pressions malveillantes, qu'on a bien agi dans le meilleur intérêt de l'enfant ».

²²¹ *Supra*, p. 41.

B) Un âge charnière différent pour la pornographie

Il y a une « différence d'âge entre la possibilité d'avoir une relation sexuelle personnelle (...) et la possibilité d'accéder au marché pornographique qui est fixée à 18 ans »²²². Ce marché comprend la pornographie dite « adulte » ou ordinaire et la pédopornographie. L'âge diffère, ici aussi, selon les pays qui possèdent chacun leur définition²²³. Toutefois, la France et le Canada se rejoignent sur ce point. En effet, l'âge charnière est de dix-huit ans dans les deux cas²²⁴. Il correspond à celui de la majorité civile. Il n'y a donc pas coïncidence avec l'âge de la majorité sexuelle²²⁵. Comme le souligne l'auteur Étienne Wéry, « il y a donc en quelque sorte deux majorités sexuelles : celle à laquelle un enfant a suffisamment de discernement pour se livrer à une activité sexuelle, et celle à laquelle il peut y avoir une représentation de ces (ses) actes »²²⁶. Autrement dit, un adulte qui a des relations sexuelles avec un mineur de quinze ou seize ans ne sera pas poursuivi, sauf s'il décide de le prendre en photos ou de le filmer et le diffuser sur Internet²²⁷. Dans ce cas précis, il sera alors passible d'une sanction pénale celle de pédopornographie. À partir de là, nous pouvons nous demander quel est le message que veut faire passer le législateur, même si le but poursuivi est la protection des mineurs.

Le droit interdit toutes sortes de pornographies aux mineurs, mais il tolère celle concernant les personnes adultes qui, pourtant, se font exploiter sexuellement dans la majorité des cas. La question est donc de savoir s'il faut atteindre l'âge de dix-huit ans pour pouvoir utiliser

²²² Bruno PY, *Le sexe et le droit*, Coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1999, p. 107.

²²³ M.A. HEALY, préc., note 55 : « The legal definition of a "child" varies among nations. The UNCRC defines a child as a person under 18 years of age. This definition, however, is far from being universally adopted. For example, in all Australian States and Territories, child pornography legislation defines "child" as a person under 16 years of age. In Canada (Penal Code Sec. 163), a minor, for purposes of child pornography, is a person under 18 years of age. In various jurisdictions of the United States (U.S.), minors as young as 15 may legally consent to sexual activity with an adult »; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 11 et 12.

²²⁴ Pour la pornographie : C.pén., art. 227-24 : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »; C.crim., art. 163; Pour la pédopornographie : C.pén., art. 227-23; C.crim., art. 163.1.

²²⁵ « Comment se fait-il que, dans des pays démocratiques, l'âge de la majorité sexuelle et l'âge auquel on est autorisé à voir des films dits « pornographiques » coïncident pas? » (Ruwen OGIE, *Penser la pornographie*, Paris, PUF, 2003, p. 2).

²²⁶ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 80.

²²⁷ Comment se fait-il que le législateur accepte la majorité sexuelle aux plus de quinze ou quatorze ans et ensuite, leur interdit tout accès à la pornographie? (Christophe BIER, *Censure-moi. Histoire du classement X en France*, Paris, L'esprit frappeur, 2000, p. 151). Voir : R. OGIE, préc., note 225, p. 57.

librement son corps. Le message inculqué aux mineurs est-il le suivant : attendez d'être majeur pour pouvoir exploiter sexuellement votre corps. Dix-huit ans représente-t-il l'âge fatidique pour transformer un scandale en une banalité ?²²⁸ Autrement dit, « [u]n peu comme si l'âge était *le* critère par excellence pour déterminer *la* ligne de démarcation entre le licite et l'illicite, l'horrible et l'acceptable »²²⁹. Il en va de même en ce qui concerne la prostitution²³⁰. En effet, le mineur ne peut disposer sexuellement de son corps qu'à partir de l'âge de la majorité sexuelle, mais seulement à titre gratuit²³¹. La réglementation relative à la pornographie instaure, par conséquent, deux logiques différentes et contradictoires fondées sur l'âge de la personne mise en scène sexuellement. L'aspect moral semble prendre de plus en plus forme. Deux logiques commencent à se former. D'une part, il y a une certaine libéralisation sexuelle pour les personnes majeures, et d'un autre côté, une certaine morale sexuelle imposée à tous les mineurs quels que soit l'âge. La protection pénale est, par conséquent, « centrée non plus sur la moralité de la population tout entière mais sur la moralité des mineurs »²³². Il y a eu une modification dans la hiérarchie des valeurs sociales à protéger.

Nous avons pu voir, tout au long de notre développement, que le mineur acquiert au fil des années certains droits avant la majorité civile fixée à dix-huit ans. Il peut faire de nombre actes et être tenu responsable de ces derniers, même pénalement. Par conséquent, un mineur, par exemple français, âgé de quatorze ans peut passer dix ans en prison pour avoir commis un viol, mais il sera considéré comme incapable pour consentir à un acte sexuel avec un majeur²³³. Comme le souligne l'auteur Daniel Borrillo, « soit il est responsable sexuellement, soit il ne l'est pas. Ce système du deux poids – deux mesures est

²²⁸ Claudine LEGARDINER, *Les trafics du sexe : femmes et enfants marchandises*, Toulouse, Éd. Les essentiels Milan, 2002, p. 46 et 47.

²²⁹ Philippe BENSIMON, *Pénis sans visage : le fléau mondial de la pornographie*, Montréal, Éd. du méridien, 2007, p. 132.

²³⁰ *Id.*; L'auteur se demande, également, si le fait de banaliser la prostitution adulte ne peut avoir pour conséquence l'extension de la prostitution infantine. C.pén., art. 225-12-1 et suiv.; C.crim., art. 212.

²³¹ Daniel BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, p. 38-64, à la page 50 (sous la note 3) : « De manière gratuite, puisque entre 15 et 18 ans le mineur qui se prostitue ou qui accepte une promesse de rémunération de la part d'un adulte fait encourir à celui-ci une peine aggravée ».

²³² B. PY, préc., note 222.

²³³ D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle », préc., note 231; R. OGIEN, préc., note 225, p. 2 : « Comment se fait-il que, dans des pays démocratiques, un mineur de 13 ans soit jugé assez grand pour aller en prison mais trop petit pour regarder des films dits « pornographiques » ».

arbitraire »²³⁴. Il existe inévitablement un certain paradoxe aussi bien dans le droit canadien que français à ce niveau du système juridique. La mise en discours de la sexualité perd de sa rationalité lorsque l'élément « mineur » arrive dans le décor juridique. C'est pour cette raison que le contenu de cette liberté sexuelle est soumis à certaines conditions.

II. Une liberté sexuelle limitée pour les adolescents

Les adolescents possèdent le droit de consentir à des actes sexuels dans les conditions prévues par la loi. En effet, malgré la reconnaissance d'une certaine liberté sexuelle, il existe une limite d'âge pour entretenir une relation sexuelle avec un majeur aussi bien en droit français que canadien (A). D'ailleurs, il s'agit du premier but poursuivi par le législateur dans la protection des mineurs face à la sexualité. Toutefois, cette protection s'exprime par des restrictions légales en ce qui concerne les actes sexuels accordés aux adolescents (B).

A) Le contrôle des relations sexuelles avec des majeurs

En droit pénal français, comme en droit criminel canadien, le but poursuivi est la protection des mineurs dans les relations sexuelles engagées avec une autre personne, généralement un adulte, pour éviter toute exploitation sexuelle. Ce qui pose problème au fond est la sexualité entre un majeur et un mineur. C'est d'ailleurs la raison qui explique l'instauration d'une majorité sexuelle. En effet, le législateur veut éviter qu'un adulte profite de sa maturité pour exploiter ou abuser d'un adolescent. Par conséquent, les restrictions fondées sur l'âge sont émises dans le but de protéger le mineur. Toutefois, il existe un article dans le *Code criminel canadien* qui interdit expressément l'exploitation sexuelle. Il s'agit de l'article 153 qui prévoit le cas de personnes adultes qui sont en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, lui-même en situation de dépendance ou dans une relation où il est exploité à des fins d'ordre sexuel²³⁵. Par contre, il est question de personnes en situation

²³⁴ *Id.*, D. BORRILLO.

²³⁵ « (1) Commet une infraction toute personne qui est en situation d'autorité ou de confiance vis-à-vis d'un adolescent, à l'égard de laquelle l'adolescent est en situation de dépendance ou qui est dans une relation où elle exploite l'adolescent et qui, selon le cas : a) à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps de l'adolescent; b) à des fins

d'autorité à l'article 153.1 du même code pour les personnes majeures. Il semble donc *a priori* acceptable d'exploiter sexuellement un adulte, mais aberrant lorsqu'elle est mineure, ayant pourtant l'âge de la majorité sexuelle. En droit français, l'abus de position ou d'autorité est considéré comme une circonstance aggravante dans de nombreuses infractions²³⁶. Cela ne concerne pas seulement les mineurs, ce qui semble plus rationnelle juridiquement. En effet, l'exploitation sexuelle, qu'elle soit faite à un mineur ou à un majeur, devrait être jugée de la même manière, avec pour circonstance aggravante la minorité de l'autre personne.

Dans ces conditions, l'âge importe peu puisque ce qui compte, c'est le fait que la personne soit consentante et que l'autre personne ne profite pas de la faiblesse du mineur²³⁷. La simple présence d'un abus d'autorité, de confiance ou d'exploitation sexuelle suffit à qualifier l'acte d'infraction²³⁸. Alors pourquoi faire une distinction fondée sur l'âge pour protéger les mineurs? Il est clair qu'il faut un âge limite pour les relations avec les majeurs, mais rien ne justifie de faire une différence de traitement entre les mineurs, comme en droit canadien. Les infractions à caractère sexuel devraient leur être appliquées comme pour les majeurs, et peu importe les différences d'âges mises en place en droit canadien. C'est pour cette raison qu'il serait judicieux, comme le soutient le professeur Ann Stalker, d'insérer à l'article 265 (3) du C.crim.²³⁹ le critère de l'exploitation à la liste des facteurs qui vicient le consentement. Puisque ce qui est inacceptable, c'est seulement le fait qu'une personne exploite une autre personne sexuellement et, peu importe l'âge de ces dernières²⁴⁰. Il n'est, par conséquent, « pas nécessaire de se baser sur une distinction fondée sur l'âge »²⁴¹.

d'ordre sexuel, invite, engage ou incite un adolescent à la toucher, à se toucher ou à toucher un tiers, directement ou indirectement, avec une partie du corps ou avec un objet ».

²³⁶ Par exemple : C. pén., art. 222-24; 222-28; 227-26; 227-27 et 222-31-1.

²³⁷ « La loi doit être axée sur l'activité et non pas l'âge des personnes impliquées. Si l'exploitation et les abus sont illégaux et criminels, l'âge importe peu » (Propos de M. Richard MARCEAU, dans CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant l'âge du consentement*, préc., note 212).

²³⁸ C.crim., art. 151 et suiv.; R. c. *Hann*, (1992) 15 C.R. (4th) 355 (C.A.T.-N.); R. c. *G.(T.F.)*, (1992) 11 C.R. (4th) 221 (C.A. Ont.); R. c. *Audet*, [1996] 2 R.C.S. 171, (1996) 48 C.R. (4th) 11 : le simple fait d'être en position d'autorité ou de confiance avec une mineure suffit pour qualifier l'acte d'infraction; *La Reine c. S.L.*, 2005 CanLII 23956 (QC C.Q.); 2005 AZ-50322382 (C.Q.).

²³⁹ « (3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison : a) soit de l'emploi de la force envers le plaignant ou une autre personne; b) soit des menaces d'emploi de la force ou de la crainte de cet emploi envers le plaignant ou une autre personne; c) soit de la fraude; d) soit de l'exercice de l'autorité ».

²⁴⁰ Ann STALKER, « LeGallant : Law Reform and the Charter », (1987) 54 C.R. (3d) 61.

²⁴¹ C. LUSSIER, préc., note 207, p. 107 et suiv.

Le législateur canadien a préféré insérer un article qui permet au juge d'analyser la relation sexuelle de l'adolescent avec un majeur. Il s'agit de l'article 153 (1.2) C.crim. qui énonce,

« [L]e juge peut déduire de la nature de la relation entre la personne et l'adolescent et des circonstances qui l'entourent, notamment des éléments ci-après, que celle-ci est dans une relation où elle exploite l'adolescent :

- a) l'âge de l'adolescent;
- b) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent;
- c) l'évolution de leur relation;
- d) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent. »

Cet article indique qu'il est possible pour un adulte, selon son âge et son lien avec l'adolescent, d'entretenir une relation sexuelle avec un adolescent. Les divers critères mis à la disposition du juge englobent une part importante de subjectivité. Il doit se fonder sur la nature et les circonstances de la relation en s'intéressant « à la conduite du prévenu à l'égard du jeune et non au fait que le jeune ou la victime aurait ou non consenti à cette conduite »²⁴². Il est clair que l'aspect moraliste va sûrement resurgir, surtout lorsque nous avons à faire à des mineurs et que l'objectif principal de la loi est de les protéger. Toutefois, ces dispositions reflètent bien notre société contemporaine, puisque les personnes mineures d'aujourd'hui pratiquent des actes sexuels de plus en plus jeunes et parfois, avec des personnes plus vieilles qu'elles. Toutefois, le mineur est systématiquement la victime dans cette relation et la personne majeure le prévenu. Or, de nos jours, de nombreux jeunes deviennent entrepreneurs sexuellement et plus spécialement, sur le réseau Internet ce qui pose certains problèmes. Ce texte n'a pas de corollaire en droit français. En outre, ces dispositions pourraient, si la majorité sexuelle n'était que relative comme pour le droit français, être applicables pour déterminer la légalité des relations sexuelles entre mineurs, puisque ce qui nous préoccupe vraiment est l'exploitation sexuelle de toutes les personnes, dans son sens le plus large possible.

Par conséquent, les adolescents possèdent le droit de consentir à des actes sexuels émis par des adultes, mais selon les conditions prévues par la loi. Cette dernière prévoit également

²⁴² CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, 8 oct. 2004, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 36; CHAMBRE DES COMMUNES, *Discours du parrain à la deuxième lecture du Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 212. Le tribunal doit s'intéresser à la conduite de la personne majeure, du prévenu, à l'égard du jeune, la victime et, non plus au consentement.

les gestes jugés acceptables qu'un adulte peut proposer ou faire à une personne mineure. La liberté sexuelle accordée aux adolescents est donc bien encadrée.

B) Une liberté sexuelle limitée dans son contenu

Le droit reconnaît de manière générale au mineur la possibilité d'avoir des relations sexuelles, s'il a l'âge de la majorité sexuelle et s'il a donné valablement son consentement. Toutefois, il ne peut, en aucune manière, faire ou regarder de la pornographie, ni se prostituer. Le droit met en place d'autres limites dans les actes sexuels qu'il érige en infraction pénale. C'est ainsi qu'« en principe, coucher avec un adolescent qui a plus de quinze ans ne saurait constituer un délit. Mais attention : qu'on ne s'avise pas de tenter quelque chose de plus imaginatif que le simple coït »²⁴³. En effet, les articles 227-22²⁴⁴ et 227-28-3²⁴⁵ du C.pén., dont les corollaires sont les articles 151 et suivants du C.crim., incriminent le fait de proposer ou de favoriser ou de tenter une corruption de mineur ou d'obtenir des faveurs sexuelles de ces derniers, qui possèdent la majorité sexuelle. C'est ainsi que les relations sexuelles avec des personnes de moins dix-huit ans, correspondant à la majorité civile, doivent respecter un certain cadre, un code de conduite, dicté par la moralité dominante de la société. « Autrement dit, en matière de sexualité, ce n'est pas

²⁴³ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 220 : « Qu'on n'essaie surtout pas d'éveiller chez le jeune le frisson des choses un peu bizarres, qui ne sont pourtant pas interdites aux majeurs, comme le sexe à plusieurs ou les ligotages par lesquels certains se plaisent à pimenter leur vie amoureuse. Car le simple fait de le suggérer est passible de cinq ans de prison et de 75 000 euros d'amende, sous le chef de « corruption de mineur » ».

²⁴⁴ « Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur est âgé de moins de quinze ans ou lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux. Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 Euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée ».

²⁴⁵ « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette à l'encontre d'un mineur l'un des crimes ou délits visés aux articles 222-22 à 222-31, 225-5 à 225-11, 227-22, 227-23 et 227-25 à 227-28 est puni, lorsque cette infraction n'a été ni commise ni tentée, de trois ans d'emprisonnement et 45 000 Euros d'amende si cette infraction constitue un délit, et de sept ans d'emprisonnement et 100 000 Euros d'amende si elle constitue un crime ».

l'État de droit qui nous gouverne mais la moralité dominante »²⁴⁶. Les mineurs se retrouvent contraints, selon la morale dominante, à ne pratiquer qu'une certaine sexualité et rien d'autres au nom de leur protection. Le législateur leur donne la majorité sexuelle, mais seulement pour des actes sexuels déterminés car tout le reste n'est seulement possible qu'entre adultes consentants. Les auteurs Marcela Iacub et Patrice Maniglier illustrent très bien ce fait en énonçant qu'« [i]l s'agit donc de protéger les jeunes contre une certaine pédagogie sexuelle, de les protéger de cette société dans laquelle – estiment ceux qui pensent à leur bien-être et à leur hygiène morale – la corruption des adultes est devenue « inquiétante ». Bref, d'instruire une morale sexuelle autoritaire par le biais de la jeunesse »²⁴⁷.

Tout un arsenal juridique a été mis en place pour réglementer cette sexualité des mineurs par le droit criminel canadien et français et plus particulièrement, influencer le comportement des adultes face à ces derniers. Un élan trop pressant pour obtenir des faveurs sexuelles d'une personne de moins de dix-huit ans et l'infraction peut être constituée. Le mineur est entendu par le législateur comme la victime potentielle d'un adulte, considéré seul responsable et coupable, en raison de son état de vulnérabilité. C'est ainsi qu'il n'est pas permis à un majeur « d'éveiller les pulsions sexuelles [d'une] adolescente »²⁴⁸ ou de faire visionner à des mineurs des films ou cassettes à caractère pornographique²⁴⁹. Toutefois, les mineurs entre eux, du moins pour le droit pénal français, et à partir de la majorité sexuelle pour le droit criminel canadien, peuvent découvrir la sexualité et toutes ces formes tant que les consentements sont mutuels. Finalement, ce qui est pénalement répréhensible est la découverte de la sexualité avec une personne majeure et le fait que certains comportements ne peuvent d'aucune manière être possible pour une personne vulnérable, dont le discernement n'est pas encore bien élaboré²⁵⁰. D'ailleurs, en droit canadien, il existe une distinction entre les types d'actes sexuels fondés sur l'âge.

²⁴⁶ Propos de Daniel BORRILLO, « Peut-on fouetter son partenaire s'il le demande? », (mars 2007) 7 *Philosophie* 50 : « Qu'est-ce donc alors qui justifie l'ingérence de l'État et la sanction brutale avec laquelle il intervient? Une certaine vision morale de la bonne sexualité ».

²⁴⁷ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 222.

²⁴⁸ C.cass.crim., 1^{er} fév. 1995, *Bull.crim.*, n°43.

²⁴⁹ CA Paris, 12 fév. 1991, *Juris-Data* n°1991-020862; CA Besançon, 2 juin 1992, *Juris-Data* n°1992-044888 : cela constitue le délit d'incitation de mineur à la débauche.

²⁵⁰ Les auteurs Marcela IACUB et Patrice MANIGLIER précisent que « toute une série de comportements, comme le sexe en groupe, les jeux sadomasochistes, l'exhibitionnisme et le voyeurisme, la masturbation, y compris l'homosexualité dans certaines circonstances, sont autorisés entre adultes, mais interdits dès qu'un mineur de moins de dix-huit ans est en cause. Mais à travers cette protection des jeunes, notre société dit bien

Il ne faut pas non plus oublier le cas de la pornographie qui est interdite pour tout mineur. Il est donc impossible pour toutes personnes de fixer l'image sexuelle d'un individu de moins de dix-huit. Pourtant, il est reconnu depuis des années que les adolescents peuvent avoir une relation sexuelle consentante avec un adulte. Mais, il n'est toujours pas admis de représenter par quelques moyens que cela soit, cette activité sexuelle. En effet, elle serait alors qualifiée de pédopornographie, aussi bien en droit pénal français que canadien.

Le *Code criminel canadien* établit une exception relative aux relations sexuelles anales à l'article 159. Ce texte énonce que ces relations sont criminalisées, sauf pour celles ayant lieu dans l'intimité par les époux consentants ou par deux personnes âgées d'au moins dix-huit ans²⁵¹. L'âge du consentement à des activités sexuelles n'est donc pas uniforme en raison de la présence de cette discrimination basée sur le type d'activité sexuelle. En d'autres termes, un adolescent peut avoir une relation sexuelle avec une autre personne, si et seulement si, elle correspond à un certain standard sexuel, à savoir une relation non anale. La jurisprudence canadienne décide, en général, que cette disposition est contraire à l'article 15 de la *Charte canadienne*²⁵², mais il arrive qu'elle énonce l'inverse. Par exemple, la Cour du Québec a conclu, dans l'affaire *R. c. Roy*²⁵³, que cette disposition n'était pas discriminatoire, puisqu'elle ne faisait pas de différence de traitement entre les personnes hétérosexuelles et homosexuelles dans son application et, que l'absence de consentement d'un mineur ne violait pas la *Charte canadienne*. Or, en appel²⁵⁴, les juges en ont décidé tout autrement, puisqu'ils ont considéré que l'article en cause faisait une distinction discriminatoire entre la catégorie des adolescents de quatorze à dix-huit ans homosexuels et

aux adultes eux-mêmes qu'il y a certains actes qu'elle ne fait que *tolérer* » (préc., note 14, p. 224) (italiques tels que dans le texte initial).

²⁵¹ C.crim., art. 159 (3) : « Les règles suivantes s'appliquent au paragraphe (2) : a) un acte est réputé ne pas avoir été commis dans l'intimité s'il est commis dans un endroit public ou si plus de deux personnes y prennent part ou y assistent; b) une personne est réputée ne pas consentir à commettre un acte dans les cas suivants : (i) le consentement est extorqué par la force, la menace ou la crainte de lésions corporelles, ou est obtenu au moyen de déclarations fausses ou trompeuses quant à la nature ou à la qualité de l'acte, (ii) le tribunal est convaincu hors de tout doute raisonnable qu'il ne pouvait y avoir consentement de la part de cette personne du fait de son incapacité mentale ».

²⁵² *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 15 : « (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques. (2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

²⁵³ *R. c. Roy*, [1995] R.J.Q. 282 (C.Q.).

²⁵⁴ [1998] R.J.Q. 1043 (C.A.), 1998 CanLII 12775.

les autres qui peuvent valablement consentir à des relations sexuelles. L'article 159 a, par conséquent, été jugé inconstitutionnel par le tribunal²⁵⁵.

Le droit pénal français, par contre, après une réforme, ne fait aucune discrimination selon les types d'actes sexuels²⁵⁶ en accord avec les articles 8 et 14 combinés de la *Conv.EDH*²⁵⁷. Ils sont tous soumis au même âge, à savoir quinze ans.

La personne de moins de dix-huit ans, à savoir le mineur ou l'enfant, est soumise à un régime juridique de protection hors du droit commun fondé sur la moralité dominante de la société du moment. En effet, ses spécificités physiques et psychologiques en font un individu vulnérable qui est traité par les législateurs canadiens et français de manière différente et souvent avec une pointe de moralité. Le problème majeur que rencontre la réglementation du réseau Internet, est le manque d'harmonisation de la définition du terme « mineur » et celui de son régime juridique. En effet, il existe une pléthore de majorités différentes, aussi bien au niveau civil qu'au niveau criminel. En règle générale, les législateurs reconnaissent une liberté sexuelle à certains mineurs, mais elle est encadrée, notamment en ce qui concerne les relations sexuelles avec un majeur. En effet, ce qui est inacceptable, est l'exploitation sexuelle et le fait de profiter d'un individu vulnérable. Néanmoins, le droit de la sexualité n'est pas toujours très rationnel notamment quand l'élément « mineur » vient s'y ajouter. La morale commence alors à apparaître et plus spécialement lorsque la pornographie vient s'y greffer. En effet, la pédopornographie entretient des liens avec, d'une part, la notion de « mineur », et d'autre part, celle de « pornographie » qui est une notion à contenu variable.

²⁵⁵ Dans le même sens : *R. v. M. (C.)*, (1995) 23 O.R. (3d) 629, 27 W.C.B. (2d) 337, 98 C.C.C. (3d) 481 (C.A.); *Halm c. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1995) 26 W.C.B. (2d) 445 (C.F.); Voir : C. LUSSIER, préc., note 207, p. 111 et suiv.

²⁵⁶ D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle », préc., note 231, p. 51 : « Depuis 1982, l'âge de la majorité sexuelle est le même pour les actes hétérosexuels et homosexuels »; « En effet, avant la loi n°82-683 du 4 août 1982, l'article 331, al.2, de l'ancien Code pénal incriminait les rapports homosexuels librement consentis entre un majeur et un mineur âgé de 15 à 18 ans, alors que, pour les mêmes âges, les rapports hétérosexuels, eux, ne l'étaient pas » (Damien ROETS, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », dans Olivier DUBOS et Jean-Pierre MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Éd. A. Pedone, 2007, p. 103-114, à la page 108).

²⁵⁷ *Conv.EDH*, préc., note 57.

Chapitre 2: La « pornographie » : une notion à contenu variable

Le terme « pornographie », comme celui de « mineur », a toujours suscité une certaine polémique, aussi bien sur sa signification que sur sa réglementation, quel que soit le pays concerné²⁵⁸. Ceci s'explique notamment par le fait qu'il s'agit de concepts sociaux qui évoluent selon le temps et l'espace²⁵⁹. Chacun ayant sa propre définition du terme²⁶⁰. Elle renvoie à des critères souvent imprécis et variables, ce qui en fait une notion aux contours incertains et remplis d'émotivité²⁶¹. Même si le juge américain, Potter Stewart, énonce : « Je ne sais pas définir la pornographie, mais je sais la reconnaître »²⁶². Cette absence de signification légale peut poser certaines difficultés du point de vue du principe de la légalité qui, ne l'oublions pas, oblige le législateur à rédiger des lois claires et précises²⁶³. Pour traiter de l'infraction relative à la pédopornographie, il faut d'abord s'intéresser à la définition de la « pornographie », puisque « la plupart des systèmes juridiques définissent la pédopornographie comme la pornographie impliquant des enfants...sans toutefois définir

²⁵⁸ Voir : Norbert CAMPAGNA (préc., note 61, p. 80) qui expose la complexité de définir la « pornographie » et les différentes controverses sur cette notion : « Cette définition n'existe tout simplement pas. Nous sommes confrontés à des définitions de la pornographie »; M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 178 et 192; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 9-12.

²⁵⁹ Ginette BUSQUE, Cécile CODERRE et Noëlle-Dominique WILLEMS, *La pornographie décodée : information, analyse et pistes d'action*, vol.1 et 2, Montréal, Fédération des femmes du Québec, 1988, p. 13 : « La pornographie n'est pas seulement un certain type de représentation des femmes, c'est aussi un phénomène social ».

²⁶⁰ Selon l'auteur Marie-Andrée BERTRAND, dans son article intitulé « Pornographie et censure » (dans Fernand DUMONT, Simon LANGLOIS et Yves MARTIN (dir.), *Traité des problèmes sociaux*, Montréal, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, Chap. 20, p. 411-426; en ligne : <http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/contemporains/bertrand_marie_andree/pornographie/pornographie_censure.doc>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 7) énonce que « [I]l y a un des facteurs qui compliquent la définition de la *pornographie* réside, d'une part, dans le grand nombre des acceptations contemporaines du mot lui-même et surtout de son abrégé vulgaire, *la porno* » (G. SANSOM, préc., note 174, p. 9) (italiques tels que dans le texte initial). En effet, « [I]a définition même de la pornographie (...) repose dans la plupart des cas sur les valeurs de celui qui produit la définition et procède souvent en utilisant ces valeurs de façon implicite » (A. GIAMI, « Pornographie (I, 1) : Que représente la pornographie? », préc., note 173, p. 50).

²⁶¹ « Le mot « pornographie » est parfois extrêmement chargé émotionnellement, et son sens peut varier selon la perspective adoptée par la personne qui l'emploie » (James R ROBERTSON, *La pornographie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, n°84-3F, fév. 1984, p. 2).

²⁶² *Jacobellis v. Ohio*, (1964) 378 U.S. 184 : « I shall not today attempt further to define the kinds of material I understand to be embraced within that shorthand description; and perhaps I could never succeed in intelligibly doing so. But I know it when I see it, and the motion picture involved in this case is not that ».

²⁶³ « [I]l faut s'interroger sur les critères d'identification de l'objet pornographique. Une définition doit être efficace afin d'être viable pour le système juridique : c'est le principe de légalité juridique » (Propos de Luca PARISOLI, dans « Débat avec Alain GIAMI », dans S. BATEMAN (dir.), préc., note 173, p. 67, à la page 71).

ce qu'est la pornographie! »²⁶⁴. D'où le dilemme. Il est reconnu que ce terme « est extrêmement difficile à définir. Certains auteurs et certains juges ont même fait valoir qu'il est impossible de la définir »²⁶⁵. Pourtant, cette notion a un lien certain avec notre infraction. Le débat est, par conséquent, bien alimenté (Section 1). En outre, la diversité des âges relatifs aux majorités sexuelles a indéniablement des répercussions sur le sens à donner au terme « pédopornographie ». Toutefois, nous pouvons remarquer un certain engouement pour la protection des mineurs mis en scène sexuellement, notamment sur Internet. Visiblement, malgré des difficultés de définition sur le terme « pornographie », les États semblent trouver un certain consensus sur ce qu'il faut entendre par « pédopornographie » (Section 2).

Section1: Une définition obscure

Le terme « pornographie » est apparu dans le système juridique par la substitution avec d'autres notions voisines qui ont également une connotation sexuelle²⁶⁶. En droit français, il s'agit principalement de la notion de « bonnes mœurs » et, pour le droit canadien, de celle d'« obscénité ». Ces mots ont un lien étroit avec celui de « pornographie » au point parfois de les confondre. De manière générale, il est fait référence à ces termes pour définir ce qu'il faut entendre par « pornographie » (I). Mais, le constat est celui qu'il n'existe pas de définition juridique consensuelle de ce mot mais, au contraire une multitude de significations qui viennent conforter l'idée qu'il s'agit incontestablement d'une notion insaisissable²⁶⁷ (II).

²⁶⁴ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 88.

²⁶⁵ COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, 1983, préc., note 67, p. 21.

²⁶⁶ D'ailleurs, les féministes américaines, comme Catharine MacKinnon et Andrea Dworkin, ont préféré introduire le terme « pornographie » dans le débat du fait que « le critère de l'« obscénité » est purement moraliste » (R. OGIEN, préc., note 225, p. 46; Catharine MACKINNON, « Not a Moral Issue », *Yale Law and Policy Review* 2 (1984)). C'est ainsi qu'il y a eu une évolution des notions car elles revendiquaient que la pornographie engendrait un préjudice aux femmes ainsi que de la violence, puisqu'elle avait tendance à l'avaliser et briser les rapports entre la sexualité et la violence. Il s'agit donc d'une violence faite aux femmes et donc à toute la société. Voir : Ray HNATYSHYN, *La pornographie: analyse de la loi propose (Projet de loi C-54)*, Mémoire, Ottawa, Conseil consultative canadien sur la situation de la femme, M 1988-1F, 1988; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, *Le sexe et le droit : sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 2001.

²⁶⁷ « Sur le marché « libre » des idées, je veux dire en dehors du domaine juridique, il y a toutes sortes de définitions de la « pornographie ». Aucune ne fait l'objet d'un accord minimal » (R. OGIEN, préc., note 225, p. 24).

I. Un champ sémantique vaste

Le fait que le terme « pornographie » soit un terme indéfinissable entraîne un renvoi systématique à un ensemble de mots du même champ sémantique²⁶⁸. C'est ainsi que les tribunaux peuvent en déduire un certain sens. Les législateurs canadiens et français laissent ainsi une importante marge de liberté aux juges qui doivent, finalement, définir au cas par cas ce qu'il faut entendre par « pornographie » en fonction de leur jugement personnel. C'est ainsi que la jurisprudence, canadienne comme française, a tenté d'élaborer des critères à partir de mots du même champ sémantique, à savoir celui d'« obscénité » (A), mais également en se référant aux notions de « bonnes mœurs » et d'« érotisme » (B).

A) Le lien étroit entre « pornographie » et « obscénité »

La notion de « pornographie » possède certains liens avec celle d'« obscénité », aussi bien en droit canadien que français. En effet, pendant longtemps, le législateur utilisait cette notion avec d'autres voisines pour faire référence à tout ce qui touchait à la sexualité telle que la pornographie, terme qui n'existait alors pas dans le langage juridique²⁶⁹. Il s'agissait, par exemple, des mots suivants : « indécences », « immorales », « injurieux », « licencieux », « débauche » et « grossières ». Tous renvoient nécessairement à la sexualité et à la moralité.

²⁶⁸ « Un autre ordre de problèmes vient également s'ajouter à la complexité de définir la pornographie : c'est la confusion qui provient de l'emploi indifférencié des mots **obscénité, érotisme, pornographie** » (gras tels que dans le texte initial) (G. BUSQUE, C. CODERRE et N.-D. WILLEMS, préc., note 259). Mais également, par le fait qu'il existe une certaine tendance à la catégorisation à savoir il est coutume de distinguer « la pornographie douce de la pornographie dure, d'autres l'érotisme de la pornographie » (Sylvie RICHARD-BESSETTE, « La pornographie ou la dominante sexuelle rendue sexy » (sept. 2003) *Revue Sexologique - Sexological Review* Dossier INTIMITÉ, vol. 3, no 1, en ligne : <http://www.unites.uqam.ca/dsexo/Revue/Vol3no1/sommaireV3_01.htm>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2).

²⁶⁹ « [A]u Canada et dans plusieurs pays de tradition britannique, on utilise plutôt la notion d'*obscénité* que les juristes croient plus précise et se prêtant mieux aux codifications » (M.-A. BERTRAND, préc., note 260, p. 7) (italiques tels que dans le texte initial); Neil BOYD, *Sexualité et violence, images et réalité : la censure et le contrôle pénal de l'obscénité*, Rapport n°16, Documents de travail sur la pornographie et la prostitution, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, Section de la recherche et de la statistique, Ottawa, Ministère de la Justice, 1984; Voir la jurisprudence canadienne qui utilise le terme « obscénité » pour désigner du matériel pornographique : *R. c. Hicklin*, (1868) 3 Q.B.D. 360; L.R. 3 Q.B. 360, p. 371; *R. c. Beaver*, (1904) 9 C.C.C. 415 (C.A. Ont.); *c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 951, 1977 CanLII 31, 35 C.C.C. (2^es) 22, 76 D.L.R. (3^e s) 1; *Germain c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 241, 1985 IIJCan 54 (C.S.C.)). Avant 1939, le droit français utilisait également ce terme « obscénité » dans ses textes juridiques.

Le lien entre « pornographie » et « obscénité » est visible, tout d'abord, dans leur sens courant puisqu'ils ont tendance à être confondus. En effet, la pornographie, selon le dictionnaire *Le Petit Robert* est défini comme la « représentation (par écrits, dessins, peintures, photos, images) de choses obscènes destinées à être communiquées au public »²⁷⁰. Autrement dit, la pornographie constitue de l'obscénité. Toutefois, pour le dictionnaire, est considéré comme « obscène », ce « qui blesse la délicatesse par des représentations ou des manifestations grossières de la sexualité »²⁷¹. Or, le terme « délicatesse » se définit ici comme la « sensibilité morale dans les relations avec autrui, juste appréciation de ce qui peut choquer, peiner »²⁷². La connotation morale du mot est clairement affirmée. C'est ainsi que cette définition de l'obscénité fait appel aux valeurs morales et à l'affectif des personnes. En résumé, la « pornographie » est une représentation de choses obscènes, dans le sens où elles viennent blesser la sensibilité des personnes par des représentations grossières de la sexualité. Or, là encore, l'utilisation du terme « grossier »²⁷³ renvoie à des éléments moraux, comme celui de la « délicatesse ». Ils sont flous et amènent inévitablement un jugement subjectif. D'ailleurs, l'auteur Ruwen Ogien le souligne clairement dans son livre *Penser la pornographie*, en affirmant qu'« il y a probablement des choses que nous jugerons « pornographiques » bien qu'elles ne blessent pas notre pudeur et d'autres que nous ne jugerons pas « pornographiques » bien qu'elles blessent notre pudeur »²⁷⁴.

Le terme « pornographie » a été inscrit explicitement dans le discours juridique, canadien comme français, uniquement en ce qui concerne la lutte contre l'exploitation sexuelle des mineurs²⁷⁵. Toutefois, il faut préciser que les tribunaux français ont commencé à l'employer

²⁷⁰ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), préc., note 90, p. 2011.

²⁷¹ *Id.*, p. 1761.

²⁷² *Id.*, p. 671.

²⁷³ *Id.*, p. 1224: « Qui offense la pudeur, qui est contraire aux bienséances ».

²⁷⁴ R. OGIEN, préc., note 225, p. 32.

²⁷⁵ Le terme a été introduit, en premier lieu, à l'ancien article 150 C.crim. qui faisait référence aux « pornographes » (Raymond Spencer RODGERS, *Le sexe et la loi au Canada : suivi d'une étude sur l'obscénité par Me Mario Dumesnil*, Montréal, Éd. du Jour, 1962, p. 47-50) et, en deuxième lieu, en ce qui concerne l'exploitation pornographique des enfants. (COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES, *La pornographie*, Rapport, Ottawa, Chambre des Communes, 22 mars 1978; COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, 1983, préc., note 67; COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution au Canada*, Rapport du Comité, volume 1, XVI, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985; COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, préc., note 67; James R. ROBERTSON, *Les infractions sexuelles à l'égard des enfants : le rapport Badgley*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et

expressément bien avant pour désigner ce matériel²⁷⁶. Autrement dit, il est fait directement référence au terme « pornographique » en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection des mineurs, sinon le législateur canadien préfère employer la notion d'« obscénité », soi-disant plus précise²⁷⁷, mais il n'en est rien²⁷⁸. C'est pour cette raison qu'elle fait partie intégrante de l'obscénité, mais avec certaines spécificités. Comme le souligne James R. Robertson, « [l]a pornographie, ou l'obscénité, constitue une question extrêmement complexe et difficile, qui relève à la fois de la morale et du droit »²⁷⁹. En d'autres termes, l'obscénité et la pornographie sont difficiles à définir et peuvent être également confondues. C'est ainsi que l'arrêt *R. c. Butler*²⁸⁰, relatif à l'interdiction de l'obscénité, permet d'identifier ce qu'il faut entendre par « pornographie ». En effet, les juges ont dû juger de la constitutionnalité des dispositions de l'article 163 du C.crim.. C'est à partir de ce texte que les caractéristiques spécifiques à la pornographie ont été dégagées, puisque ses principales sanctions se fondent précisément dessus.

Selon l'article 163 (8) du C.crim., « est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir : le crime, l'horreur, la cruauté et la violence ». Par conséquent, il faut une exploitation des choses sexuelles ou associé à un autre des sujets mentionnés, qui constitue la caractéristique dominante, mais elle doit être aussi « indue »²⁸¹. Il incombe aux juges de déterminer quand cette exploitation est « indue », en se référant au critère de la « norme sociale de tolérance »²⁸². Il s'agit de mettre

du gouvernement, Service de recherche, 9 nov. 1984; J. R. ROBERTSON, *La pornographie*, préc., note 261). Il en va également de même pour la France, puisque seuls les articles relatifs à la mise en péril des mineurs contiennent le terme de « pornographie » (C.pén., art. 227-23 et 227-24).

²⁷⁶ C'est surtout la jurisprudence qui a commencé à utiliser ce terme « pornographie » (ex : CA Paris, 7 janv. 1958, D.1958.453 (sur les publications réservées aux mineurs); CA Besançon, 9 mai 1972, *Gaz.Pal.* 1972.2.558 (sur l'admission d'un sex-shop)).

²⁷⁷ M.-A. BERTRAND, préc., note 260; R. OGIEN, préc., note 225, p. 44.

²⁷⁸ M. MARZANO, *Malaise dans la sexualité : le piège de la pornographie*, préc., note 14, p. 50 : « le terme « obscène » étant lui-même ambigu ».

²⁷⁹ James R. ROBERTSON, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, 1992, p. 2; Voir : J. R. ROBERTSON, *La pornographie*, préc., note 261.

²⁸⁰ *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; 1992 IJCan 124 (C.S.C.).

²⁸¹ *Id.*, p. 21; J. R. ROBERTSON, *La pornographie*, préc., note 261, p. 6; J. R. ROBERTSON, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, préc., note 279, p. 4; COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution*, préc., note 67, p. 17.

²⁸² Cette « norme sociale de tolérance » sera étudiée plus en profondeur dans un autre développement intitulé « La traditionnelle « moralité publique » : fondement de l'ordre public ».

en exergue objectivement ce que les Canadiens sont prêts à tolérer ou à accepter. Ce critère permet de sanctionner les documents qui pourraient exploiter les choses sexuelles d'une façon « dégradante ou déshumanisante », puisqu'ils entraînent un certain préjudice pour la société et plus spécialement, aux femmes²⁸³. Autrement dit, les notions de « préjudice » et de « dégradation ou de déshumanisation » sont centrales, surtout pour définir la pornographie²⁸⁴. En effet, ce terme « désigne des choses choquantes ou autrement préjudiciables », même s'il est évident que « le monde ne s'accorde pas sur ce qui est choquant et préjudiciable »²⁸⁵. Il est ainsi fait appel à une analyse subjective de la part des juges en ce qui concerne ces notions²⁸⁶, puisque « l'approche fondée sur le préjudice n'est que du moralisme déguisé »²⁸⁷.

Pour le juge Sopinka, dans l'arrêt *R. c. Butler*, la pornographie peut être divisée en trois catégories. La première concerne « les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence », la deuxième, « les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant » et, enfin la troisième, « les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne

²⁸³ « Il est de plus en plus reconnu dans la jurisprudence récente que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon « dégradante ou déshumanisante » échouera nécessairement face au critère des normes sociales, non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est perçu comme nocif pour la société, notamment pour les femmes. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante » (*R. c. Butler*, préc., note 280, p. 24 et 25; J. R. ROBERTSON, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, préc., note 279).

²⁸⁴ D'ailleurs le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme a proposé, en 1988, sa définition de la « pornographie » fondée notamment sur ces deux critères. C'est ainsi que « [l]a pornographie signifie la représentation ou la description de comportement violent ou dégradant ou de comportement causant ou pouvant causer le décès d'autrui, lequel comportement, infligé par une personne à une autre ou par cette personne à elle-même, est représenté ou décrit dans le but manifeste de stimuler ou de gratifier sexuellement le spectateur, le lecteur ou l'auditeur; comportement, en outre, qui donne l'impression d'être prôné ou approuvé. Une représentation sera qualifiée de pornographique si elle réunit les trois caractéristiques suivantes (...): 1. elle dépeint des comportements ou des actes d'injustice violents ou dégradants; ET 2. elle vise manifestement à stimuler ou gratifier sexuellement le spectateur, le lecteur ou l'auditeur; ET 3. elle prône ou approuve ce comportement » (S. RICHARD-BESSETTE, préc., note 268, p. 1-2).

²⁸⁵ COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution*, 1983, préc., note 67, p. 22; COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution au Canada*, 1985, préc., note 275; « Plus fort sera le risque de préjudice, moins grandes seront les possibilités de tolérance » (J. R. ROBERTSON, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, préc., note 279, p. 5).

²⁸⁶ *Id.*, COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution*, 1983.

²⁸⁷ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69 (IIJCan), § 61 et suiv.; Brenda COSSMAN, « Dresser les indisciplinés : les hors-la-loi sexuels et la Cour suprême du Canada », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190 p. 187, à la page 208.

sont ni dégradantes ni déshumanisantes »²⁸⁸. Seules les deux premières catégories causeraient un certain préjudice à la société, selon le critère de la « norme sociale de tolérance ». Autrement dit, est considérée comme de la pornographie, le matériel sexuellement explicite²⁸⁹ ou « toute représentation d'une activité sexuelle »²⁹⁰. Par conséquent, il existe une différence entre obscénité et pornographie, puisque toutes les choses obscènes ne sont pas forcément pornographiques²⁹¹. Cette définition amène, néanmoins, un certain flou juridique par rapport à certaines images ou représentations telles que celles qui ne sont que suggestives ou lascives. Sont-elles considérées comme pornographique? Au sens de la loi canadienne, la réponse serait visiblement négative, puisque ces représentations ne sont pas nécessairement obscènes ni du matériel sexuellement explicite²⁹².

²⁸⁸ R. c. Butler, préc., note 280, p. 31 et 33 : Toutefois, seule la dernière catégorie est tolérée par la société et ne constitue pas « une exploitation induite des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants »; J. R. ROBERTSON, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, préc., note 279, p. 5.

²⁸⁹ Le COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION relatif à *La pornographie et la prostitution au Canada* de 1985 (préc., note 275) donne sa définition de la pornographie en énonçant qu'il en existe deux types à savoir, d'une part, celle sexuellement explicite et laisse peu de place à la violence et aux actes interdits (au sens illégaux) et, d'autre part, celle relative au domaine de l'exploitation et la dégradation sexuelle des participants et des scènes dans lesquelles les hommes jouent un rôle d'agresseur et les femmes celui de victimes.

²⁹⁰ Joan BERCOVITCH et Ginette BUSQUE, *Critique du projet de loi C-114 sur la pornographie : principes et étude article par article*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, sept. 1986, p. 6 : « Le projet de loi classe la pornographie suivant les quatre catégories suivantes : « documents pornographiques à scènes de sévices », « documents pornographiques dégradants », « documents pornographiques montrant des comportements sexuels violents » et « documents pornographiques ». Cette dernière catégorie, plus générale, se définit ainsi : « représentation d'actes sexuels, notamment de rapports sexuels vaginaux, anaux ou oraux, de comportements sexuels violents, d'actes de bestialité, d'inceste, de nécrophilie ou de masturbation ou de scènes d'éjaculation » ».

²⁹¹ « Le pornographique, à la différence de l'obscène, se cantonne à la représentation : il n'y a pas de représentation pornographique de ce qui est déjà obscène ; c'est obscène, point ; voilà pourquoi on ne dit pas « sodomie pornographique ». Mais ce qui n'est pas exclu, en revanche, c'est que certaines façons pornographiques standardisées de figurer des objets en soi innocents (*i.e.* non-sexuels) les imprègnent d'obscénité par une sorte de contamination. (...) En tout cas, pour généraliser, si une réalité quelconque est obscène, sa représentation est *ipso facto* pornographique et on ne mentionnera donc pas qu'elle l'est. Or, et je franchis une étape, ceci fait penser que la pornographie n'est justement pas réductible à la « simple peinture » de l'obscène tel qu'il est. Car si l'on éprouve dans certains cas le besoin légitime de dire d'une représentation qu'elle est pornographique, c'est sans doute qu'il y a un peu plus ou un peu autre chose en cause que l'obscénité de son objet » (Propos de Pierre-Henri CASTEL, *La pornographie est-elle pensable?*, sur *Penser la pornographie* de Ruwen OGIEN, en ligne : <<http://pierrehenri.castel.free.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009)) (italiques tels que dans le texte initial).

²⁹² La Charte protège toutes les formes d'expression sexuellement explicites, sauf lorsque le préjudice excède le seuil de tolérance de la société (R. c. Butler, préc., note 280; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada* (Ministre de la Justice), préc., note 287).

B) La référence aux « bonnes mœurs » et à l'« érotisme »

Contrairement au droit canadien, le droit français a rapidement remplacé la notion d'« obscénité » par celle de « bonnes mœurs » pour faire référence aux choses sexuelles²⁹³

(1). En effet, l'expression « contraire aux bonnes mœurs » est considérée « plus extensive que le mot « obscène » figurant dans la législation antérieure, et permet d'atteindre ce qui, sans être spécifiquement licencieux, fait appel aux instincts et aux appétits grossiers »²⁹⁴. Toutefois, la tendance est de faire une définition négative de la pornographie en la comparant à celle de l'« érotisme » qui englobe une certaine part de subjectivité (2).

1) Les similitudes entre « bonnes mœurs » et « pornographie »

La jurisprudence française a tenté de définir la pornographie en l'absence de définition légale en se référant, soit à la jurisprudence sur les « bonnes mœurs »²⁹⁵, soit à celle relative à la « décence »²⁹⁶. D'ailleurs, les tribunaux ne sanctionnaient plus que le matériel pornographique, ce qui explique cette substitution avec les « bonnes mœurs »²⁹⁷. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, le 7 janvier 1958, a décidé que la pornographie était la recherche d'une excitation des instincts sexuels²⁹⁸ et qu'elle était synonyme avec le terme

²⁹³ C'est le *décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la diffusion des écrits subversifs anonymes*, (J.O. 3 août 1939) que l'infraction d'« outrage aux bonnes mœurs » apparaît en droit français.

²⁹⁴ Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, *Gaz.Pal.*1950.2.35.

²⁹⁵ Voir : Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs?*, Paris, PUF, 2005.

²⁹⁶ D'ailleurs, les tribunaux soient assez fluctuant dans ce domaine (R. OGIEN, préc., note 225, p. 24 et 71; Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », dans Jacques CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 15-3, aux pages 39 et 40).

²⁹⁷ En effet, l'outrage aux bonnes mœurs avait un champ d'application beaucoup plus vaste. C'est ainsi que « la prévention d'outrage public à la pudeur n'a pas essentiellement pour objet la répression d'actes impudiques, en tant que commis à l'égard d'une personne déterminée, mais la réparation du scandale causé par de tels actes, à raison de leur publicité » (C.cass.crim., 27 oct. 1932, *Bull.crim.*, n°220; Trib.corr. Paris, 5 nov. 1976, *Gaz.Pal.*1977.1.56; T.corr. Chartres, 31 janv. 1872, DP 1872.3.79). Le *Nouveau Code pénal français* a substitué également la notion de « décence » à celle de « bonnes mœurs » qui est susceptible d'évoluer dans le temps mais elle permet « la recherche d'un certain équilibre entre la liberté d'expression, l'acceptable, et la « licence » » (Trib.corr. Paris, 12 janv. 1972, *Gaz.Pal.*1972.1.379).

²⁹⁸ En effet, selon la Cour d'appel de Paris, l'expression « contraire aux bonnes mœurs » « doit être interprétée comme s'appliquant exclusivement aux dessins, images ou livres pornographiques ou de nature à exciter les passions d'ordre sexuel ». Une image pornographique a donc pour effet « la recherche systématique d'excitation érotique ou malsaine » (Trib.corr. Paris, 22 oct. 1973, *Gaz.Pal.*1975.1.28) et de « provoquer des sentiments érotiques ou aient été de nature à faire naître des émotions malsaines » (C.cass.crim., 1er juin 1965, *Bull.crim.*, n°148, Juris-Data n°64-90.692, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>, (consulté le 23 sept. 2009)). L'outrage aux bonnes mœurs est constitué « par la recherche systématique de l'incitation directe ou indirecte à la perversion et à la corruption de l'esprit public »

« contraire aux bonnes mœurs »²⁹⁹. Au Canada, le Comité Fraser³⁰⁰ et le Rapport Badgley³⁰¹ ont proposé une définition de la « pornographie » assez similaire, puisqu'ils considèrent qu'« une œuvre est pornographique si elle combine les deux caractéristiques suivantes : des représentations suggestives (contenu) et l'intention évidente ou prétendue de produire l'excitation sexuelle du public ». Par conséquent, ce qui est important, ce sont les effets que peuvent provoquer cette image sur les spectateurs, tels que les mineurs³⁰², et notamment l'« indignation collective » et la « réprobation publique »³⁰³. L'intention de l'auteur et ses motivations sont déterminantes dans l'appréciation du caractère pornographique des images. Le but de l'œuvre doit alors être l'excitation sexuelle³⁰⁴. Les tribunaux doivent ainsi « déterminer de façon raisonnable le risque de préjudice dû à un changement d'attitude »³⁰⁵. Il faut se placer au niveau du spectateur pour déterminer si le matériel est pornographique ou non, ou plus particulièrement l'impact du message émis. Toutefois, toutes représentations sexuelles explicites ne suscitent pas nécessairement une

(CA Bordeaux, 18 juin 1974, *Gaz.Pal.*1975.1.26). « Le but de la pornographie est avant tout la stimulation de l'acte sexuel » (Propos de Simone BATEMAN, dans « Débat avec Michela MARZANO », dans S. BATEMAN (dir.), préc., note 173, p. 123, à la page 128); TGI Paris, 11 déc. 1972, D.1973.J.469.

²⁹⁹ CA Paris, 7 janv. 1958, préc., note 276. La notion de « bonnes mœurs », comme celle de « pornographie » est évolutive. Elle varie dans le temps et dans l'espace (F.-J. PANSIER et E. JEZ, 2001, préc., note 17, p. 89). Elle s'apprécie en fonction de la moralité publique d'un pays à une époque déterminée (Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294); Olivier LEROUX, « La corruption de la jeunesse et les outrages publics aux bonnes mœurs par courrier électronique (courriel, SMS, MMS) », (2003) *Revue Ubiquité* n°17, 19.

³⁰⁰ COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution au Canada*, 1985, préc., note 275, p. 56.

³⁰¹ COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, préc., note 67, p. 1173 : « Dans ce rapport, par « pornographie » ou « pornographique », on entend « la représentation de la licence ou de la débauche : le portrait d'un comportement érotique destiné à provoquer l'excitation sexuelle ».

³⁰² Il se fonde donc sur « l'effet que peut avoir l'image sur le spectateur, et plus particulièrement la jeunesse, sanctionnant de façon régulière toute création susceptible de frapper l'imagination » (C.cass.crim, 5 fév. 1974, *Gaz.Pal.*1974.2 somm.206). Le critère de chercher l'intention de l'auteur de stimuler sexuellement le consommateur et celui de regarder les réactions du consommateur et du non-consommateur, « peuvent être dits « subjectifs », parce qu'ils font référence à des états moraux ou affectifs de l'auteur, du consommateur ou du non-consommateur » (R. OGIEN, préc., note 225, p. 25).

³⁰³ CA Paris, 12 mars 1958, D.1958.J.608.

³⁰⁴ D'ailleurs, pour Alain GIAMI, la pornographie est « l'ensemble de représentation d'actes à contenu spécifiquement sexuel, représentations qui stimulent l'excitation sexuelle » (« Débat avec Michela MARZANO », dans S. BATEMAN (dir.), préc., note 173, p. 123, à la page 131). Il en va de même pour Robert STOLLER qui énonce que la pornographie est le « produit fabriqué avec l'intention de produire une excitation érotique. La pornographie est pornographique quand elle excite. Toute la pornographie n'est donc pas pornographique pour tous » (Robert STOLLER, *L'imagination érotique telle qu'on l'observe*, Paris, PUF, 1989, p. 3, cité par A. GIAMI, « Pornographie (I, 1) : Que représente la pornographie? », préc., note 173, p. 34 et 35). En outre, le Conseil d'État en France a affirmé que « le film « Ken Park », s'il comporte une scène de sexe non simulée et plusieurs scènes de violence, ne présente pas, compte tenu de son thème et des conditions de sa mise en scène, un caractère pornographique ou d'incitation à la violence » (CE, 9 janv. 2004, *Association Promouvoir*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

³⁰⁵ B. COSSMAN, préc., note 287, p. 207.

excitation sexuelle et, peu importe l'intention de l'auteur³⁰⁶. Dès lors, ce critère est aléatoire pour déterminer si tel ou tel contenu est pornographique.

La pornographie « ne peut être définie par rapport à une morale religieuse ou philosophique; la distinction entre ce qui est permis et défendu doit être faite uniquement en fonction de l'état d'évolution des mœurs à une époque définie et dans un lieu déterminé »³⁰⁷. Cela rejoint, par conséquent, le critère de la « norme sociale de tolérance » utilisé en droit canadien et comme pour cette dernière, il est clair que cela entraîne inévitablement une certaine part de subjectivité des tribunaux qui auront tendance à juger en fonction de leurs croyances morales ou religieuses³⁰⁸, même s'ils affirment le contraire. Il existe alors un certain risque d'arbitraire de la part des juges³⁰⁹.

Il faut attendre une décision du Conseil d'État français pour avoir une définition de la pornographie, qui évoluera aux fils du temps, et plus particulièrement de l'expression « film à caractère pornographique ». C'est ainsi qu'est considéré comme pornographique, « le film qui présente au public, sans recherche esthétique et avec une crudité provocante des scènes de la vie sexuelle et notamment des scènes d'accouplement »³¹⁰. En général, il s'agit plus spécialement « de scènes de sexe non simulées »³¹¹. Deux critères doivent donc être réunis à savoir, d'une part, un critère principal, à un caractère objectif qui répute pornographique, « le film qui montre une activité sexuelle réelle, non simulée » et, d'autre part, le critère subsidiaire, à caractère subjectif qui prend « en considération l'intention du

³⁰⁶ En effet, le critère de l'« excitation sexuelle » n'est ni nécessaire, ni suffisant. (Maria Michela MARZANO-PARISOLI, « Pornographie (I, 2) : Pornographie, liberté et silence des femmes », dans S. BATEMAN (dir.), préc., note 173, p. 91, à la page 94); R. OGIEN, préc., note 225, p. 28.

³⁰⁷ CA Besançon, 29 janv. 1976.J.C.P.1977.II.18640, note Delpech.

³⁰⁸ Note du jugement du Trib.corr. d'Orange, préc., note 294 : Il est difficile de savoir quand une image ou représentation est contraire aux bonnes mœurs car il y a une part importante de subjectivité à travers le temps et l'espace. En effet, « la notion de pornographie, qui fait appel aux concepts de bonnes mœurs et de moralité, est néanmoins perçue différemment selon les époques, les individus et les pays ». (Valérie SÉDALLIAN, *Droit de l'Internet : Réglementation, Responsabilité, Contrats*, Cachan, Éd. Net Press, Coll. AUI, 1997, p. 81).

³⁰⁹ Trib.corr. d'Orange, préc., note 294 : « Attendu que les considérations ci-dessus démontrent le caractère, en grande partie subjectif, de la notion de bonnes mœurs et le danger arbitraire qui en résulte si le Tribunal est composé de magistrats trop rigides ».

³¹⁰ CE, 13 juil. 1979, *Ministre de la Communication c. S.A. Le Comptoir français et Société Les productions du Chesne*, GP.1981.I.321; *Gaz.Pal.* 1981.J.321.

³¹¹ CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir et autres*, req. n°222194 et 222195, AJDA 2000, p. 674; *Comm.com.électr.*2000, comm. n°95, A.Lepage; Emmanuel DREYER, *Droit de l'information, Responsabilité pénale des médias*, Paris, Litec, 2002, p. 429.

réalisateur, le contenu d'ensemble du film, le sujet traité, la qualité de sa réalisation »³¹². Par conséquent, il suffit d'une totale incohérence de l'histoire suivie par une succession de scènes sexuelles pour justifier le caractère pornographique du film. Les juges doivent ainsi apporter un jugement de valeur sur l'œuvre filmographique pour déterminer s'il s'agit de pornographie ou non. Ils sont amenés à juger s'il s'agit d'une œuvre artistique ou non de manière arbitraire³¹³. Bien sûr, cela ne veut pas dire qu'une œuvre ne peut pas être pornographique. Autrement dit, l'auteur doit bien doser les scènes sexuelles pour ne pas voir son œuvre qualifiée de pornographique, puisqu'il est établi depuis longtemps que la simple nudité ne constitue pas une exhibition sexuelle, ni de la pornographie³¹⁴. C'est ainsi que des femmes ou des enfants nus n'entrent pas dans la définition, du moment qu'aucun autre élément n'est ajouté³¹⁵. En effet, une photo seule de nudité ne sera pas qualifiée de pornographique, mais il en serait différemment si cette même photo était parmi d'autres images représentant de la pornographie³¹⁶. En d'autres termes, le contexte a toute son importance, « car une image qui peut être neutre, non pornographique, prendra une dimension pornographique si elle est réinscrite dans un autre contexte »³¹⁷ ou

³¹² *Id.*, CE Sect., 30 juin 2000.

³¹³ D. LOCHACK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 39 et 40; Agnès TRICOIRE, « Le sexe et sa représentation artistique : la liberté de créer aux prises avec l'ordre moral », dans D. BORRILLO et D. LOCHACK (dir.), préc., note 190, p. 187, à la page 144 : Les films sont contrôlés pour savoir s'ils sont ou non pornographiques. Or, la décision « ne s'appuie sur aucun critère légal de ce qu'est la pornographie ». La personne qui prend la décision « a donc toute latitude pour prendre sa décision, sous le seul contrôle du Conseil d'État, qui lui-même n'en donne pas de définition stable et constante ».

³¹⁴ Trib. corr. d'Orange, préc., note 294 : « de tout temps, le nu a été un élément esthétique, décoratif et plastique à lui seul insuffisant pour qu'[il] soit considéré comme contraire aux bonnes mœurs »; CA Paris, 27 mai 1950 : « Une représentation fidèle du corps dans sa simple nudité ne saurait constituer en soi un outrage aux bonnes mœurs ».

³¹⁵ M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 8; La simple exhibition de la nudité sur une plage, dans une ambiance nudiste, ne constitue pas une atteinte à la pudeur (T. corr. Toulon, 4 déc. 1952, D. 1953.31; J.C.P. 1953.II.7451, note Combaldieu; *Gaz. Pal.* 1953.I.114); Agathe LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, Paris, Litec, 2002, p. 178 et 179).

³¹⁶ Par exemple : CA Paris, *M. Jean-Luc c. Ministère Public*, 13 fév. 2007, Juris-Data n°06/04207 (Une photo de deux enfants qui se savonnent nus n'est *a priori* pas pornographique, sauf en l'espèce, puisque la photo fait partie d'une collection d'images et représentations à caractère pornographique); C. cass. crim., 22 déc. 1965. D. 1966. J. 144 (le nu devient de la pornographie lorsqu'il revêt un caractère provocant).

³¹⁷ Propos de Philippe COLOMB, dans « Débat avec Michela MARZANO », préc., note 298, p. 134; R. c. *Fontaine*, 2003 IIJCan 31666 (QC C.Q.) : « L'analyse de la caractéristique dominante de la représentation photographique doit se faire à partir du contenu de la représentation tout en tenant compte du contexte. Madame la juge McLachlin ajoute (...) : « Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d'en modifier le sens et de faire en sorte qu'un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle » »; R. c. *Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL), 1997 CanLII 1838 (BC C.S.), § 16 et 17.

s'accompagne « de l'exhibition des parties sexuelles ou d'attitudes ou gestes lascifs et obscènes »³¹⁸.

En effet, les attitudes particulières de la personne ou le cadre général de l'image pourront suffire à qualifier l'image de pornographique. En outre, constituera également de la pornographie, des sites Internet qui exposent « des organes génitaux féminins offerts, des organes génitaux masculins en érections et des actes de pénétration génitale, buccale, anale »³¹⁹. Il s'agit donc de toutes représentations explicites des organes sexuels, soit d'homme, soit de femme, et de toutes activités sexuelles. Il faut une certaine crudité de la représentation pour être de la pornographie³²⁰ et, comme le souligne le professeur Louis Lambert, le mot « pornographique » est « celui qui qualifie le mieux les saletés les plus « contraires aux bonnes mœurs » »³²¹ ou les diverses formes de déviances sexuelles³²². Par conséquent, la part de subjectivité et d'émotivité est bien présente. Une autre précision doit être apportée, à savoir que les tribunaux ont tendance à faire la distinction entre la « pornographie » et l'« érotisme ».

2) La différence avec l'« érotisme »

La jurisprudence française, comme canadienne, a déduit le sens de la pornographie à partir de la notion d'« érotisme ». Cette dernière a pour objet de

« glorifier, tout en le décrivant complaisamment, l'instinct amoureux, la « geste » amoureuse, tandis que les œuvres pornographiques, au contraire, privant les rites de l'amour de tout leur contexte sentimental, en décrivent seulement les mécanismes physiologiques et concourent à dépraver les mœurs s'ils en recherchent les déviations avec une prédilection visible. »³²³

Autrement dit, l'érotisme fait place au désir, à l'amour et donne la possibilité au spectateur de rester à l'extérieur de l'image; contrairement à la pornographie, qui a un certain aspect

³¹⁸ CA Riom, 16 nov. 1937, *DH* 1938.109; *Rev. Sc. crim.* 1938.301, obs. Hugueney; CA Aix-en-provence, 20 janv. 1965, D.1965.417; J.C.P. 1965.II.14143; *Gaz.Pal.* 1965.1.208; CA Douai, 28 sept. 1989, D.1991. Somm.65, obs. Azibert.

³¹⁹ CA Paris, 2 avril 2002, *L. c. Ministère Public*, D.2002.J.23; *Juris-Data* n°01/03637.

³²⁰ A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 148.

³²¹ Louis LAMBERT, note sous CA Besançon, 9 mai 1972, préc., note 276.

³²² CA Paris, 11^e ch., 10 juin 1977, J.C.P. 1979, II, 19044; *Gaz.Pal.* 26 mars 1978 N 85.

³²³ T. corr. Paris, 5 oct. 1972, *Gaz.Pal.* 1973.1.211.

lucratif et absorbe par sa représentation le spectateur qui le transforme en voyeur³²⁴. L'érotisme se réfère « à l'amour sexuel sans jugement moral à l'égard de l'expression de la sexualité »³²⁵. Il est donc fait une différence entre la saine sexualité et la mauvaise sexualité qui est représentée par la pornographie. D'ailleurs, le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, dans son rapport *Critique du projet de loi C-114 sur la pornographie*, affirme que la distinction entre « pornographie » et « érotisme » est fondamentale³²⁶. En effet, l'érotisme, pour ce Conseil, est « la représentation d'un comportement sexuel même explicite, tant qu'il n'y a pas de dégradation, de violence ni d'iniquité d'aucune sorte dans l'interaction, ni aucune approbation de ces images violentes ou dégradantes »³²⁷. Visiblement, il y a un certain amalgame entre « érotique » et « pornographique ». En fait, tout dépend des valeurs auxquelles nous adhérons et de ce que nous voulons protéger. En effet,

« pour certains, « pornographie » s'applique à toutes les représentations explicites d'activités sexuelles, du moment qu'elles obéissent à certains critères esthétiques (...) même lorsqu'elles ne sont pas violentes ou « extrêmes ». Pour d'autres, (...) il faudrait réserver la qualification de « pornographique » à cette partie violente, dite « extrême » ou « crade », volontairement vulgaire, explicitement misogyne, et adopter pour la production courante un autre terme ou même ranger, finalement, la pornographie dans l'érotique lorsqu'elle n'est pas « extrême ». »³²⁸

Il existe ainsi deux variantes de la « pornographie » qui sont totalement différentes, même si elles sont, néanmoins, d'accord sur le fait qu'il s'agit d'activité sexuelle. Mais là encore, cela rejoindrait, pour certains points seulement, la définition donnée au terme « érotique ».

D'ailleurs, comme le souligne l'auteur Alain Robbe-Grillet, « la pornographie, c'est l'érotisme des autres »³²⁹. Par conséquent, que nous parlions d'« érotisme » ou de « pornographie », la frontière est très mince, voire inexistante³³⁰. Tout est, finalement, une

³²⁴ M.M. MARZANO-PARISOLI, préc., note 306, p. 98 et 99; R. OGIEN, préc., note 225, p. 117 et 118, 123 et 124; P. BENSIMON, préc., note 229, p. 44.

³²⁵ G. BUSQUE, C. CODERRE et N.-D. WILLEMS, préc., note 259, p. 16.

³²⁶ J. BERCOVITCH et G. BUSQUE, préc., note 290, p. 2.

³²⁷ *Id.*, p. 3.

³²⁸ R. OGIEN, préc., note 225, p. 47.

³²⁹ Jean-Jacques PAUVERT, *Nouveaux (et moins nouveaux) visages de la censure*, Paris, Les Belles Lettres, 1994, p. 59; R. OGIEN, préc., note 225, p. 30; M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 231.

³³⁰ D'ailleurs, l'auteur Ruwen OGIEN se pose la question suivante: « Existe-t-il des raisons valables d'opposer « pornographie » et « érotisme »? ». En effet, pour lui, « il n'y a pas de différence *morale* entre les représentations sexuelles qui sont crues ou explicites et celles qui ne le sont pas ». Il considère que la pornographie ne menace aucun des principes de ce qu'il appelle l'« éthique minimale » qui repose sur trois principes à savoir « la neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien »; le « principe négatif

question de morale. En effet, comme le souligne l’auteur Ruwen Ogien, « [i]l y a, dans l’usage *présent* du terme « pornographie », un aspect péjoratif évident » et qu’« [e]n réalité, la différence entre « érotique » et « pornographie » n’est pas descriptive (les deux termes font référence à la même chose) mais évaluative ou normative. « Érotique » est positif; « pornographique », négatif ou péjoratif »³³¹. En outre, ce qui est considérée actuellement comme de la pornographie, pourrait devenir dans quelques années du simple « érotisme ». La distinction entre les deux termes n’est donc pas forcément fondée, car leurs contenus restent vagues et incertains dans tous les cas³³².

Néanmoins, le droit procède à une distinction entre les diverses nudités. En effet, un nu descriptif, voire artistique, sera traité différemment d’un nu démonstratif ou qui stimule les sens. Les premiers ne seront pas qualifiés de pornographiques, contrairement au second. Tout reposera sur le large pouvoir d’appréciation des juges³³³. Toutefois, l’attribution de ce pouvoir discrétionnaire aux juges n’est pas une atteinte, en elle-même, à la justice fondamentale garantie par l’article 7 de la *Charte canadienne*³³⁴. Cette limite « érotique » est assez floue et oscille suivant les jugements³³⁵. Il plane, par conséquent, une certaine incertitude juridique, contraire au principe fondamental de la légalité, car il nous est clairement difficile, pour certaines images ou représentations, de faire la différence entre

d’éviter de causer des dommages à autrui » et enfin, le « principe positif qui nous demande d’accorder la même valeur à la voix ou aux intérêts de chacun » (R. OGIEN, préc., note 225, p. 1-12).

³³¹ *Id.*, p. 30.

³³² *Id.*, p. 48 et 49. D’ailleurs, Gilles LAPOUGE, dans l’*Encyclopaedia Universalis*, conclut que la pornographie est un « sac vide dans lequel chacun entasse ce qu’il veut ».

³³³ Les juges ont donc un rôle déterminant à jouer dans le dispositif de contrôle (D. LOCHAK, préc., note 296, p. 43).

³³⁴ *Charte canadienne*, préc., note 52; *Jones c. R.* (1986), 2 R.C.S. 284; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 1987 CanLII 25, 37 C.C.C. (3d) 1, 61 C.R. (3d) 1; *État-Unis d’Amérique c. Cotroni* (1989), 1 R.C.S. 1469.

³³⁵ Florian LEVIONNAIS, *Droit, commerce électronique et pornographie : Audit juridique d’un site web de « charme »*, DESS Droit et Pratique du Commerce électronique, Paris V, Faculté de droit, 2003, p. 6; *R. v. Smith*, 2005 CanLII 23805; (2005) 31 C.R. (6th) 14; 198 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Ont.): La nudité seule est insuffisante, il faut, selon l’ensemble des circonstances, déterminer si le matériel est de nature sexuellement explicite. Pour cela, des éléments sont à prendre en compte à savoir « la partie du corps représentée, la nature de la représentation, le contexte de la représentation, le dialogue, les mots et les gestes qui accompagnent la représentation de même que l’ensemble des circonstances ». La Cour de cassation a, pour sa part, cassé un arrêt aux motifs que le fait de montrer des seins nus en monokini d’une femme jouant en public au jeu de ping-pong est « une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins ». (C.cass.crim., 22 déc. 1965, préc., note 316). La pornographie est donc la succession de scènes érotiques dans une histoire totalement inconsistante (CE, 13 juil. 1979, préc., note 310, p. 325). « Que ces photographies, qui représentent des femmes entièrement nues qui, pour certaines, adoptent des poses provocantes en élevant leurs bras au-dessus de leur tête ou en les rejetant en arrière, sont manifestement contraires à la décence, alors même que ces images sont en partie voilées à la hauteur des parties sexuelles, et qu’il n’est pas établi qu’elles aient été publiées uniquement dans le dessein de provoquer des sentiments érotiques ou aient été de nature à faire naître des émotions malsaines » (C.cass.crim., 1er juin 1965, préc., note 298).

celles qui sont artistiques ou pornographiques. Les artistes vont donc être dans le doute d'une potentielle censure suivant le bon vouloir du tribunal qui le jugera.

D'ailleurs, l'exemple connu du tableau « L'Origine du Monde » de Gustave Courbet est une très bonne illustration de ce conflit entre, d'une part, ce qui est de l'érotisme et de l'art, et d'autre part, de la pornographie³³⁶. En effet, cette toile, qui représente le corps d'une femme les jambes écartées montrant de manière explicite son organe génital, n'est pas considérée comme de la pornographie et elle est, d'ailleurs, exposée dans un Musée célèbre³³⁷ alors, qu'une photographie représentant la même chose prise sur Internet sera, par contre, qualifiée de pornographique³³⁸. Autrement dit, si une représentation ou une image obtient le « sceau » d'art, peu importe ce qu'elle contient, elle ne sera pas qualifiée de pornographie. Mais, il existe une certaine différence entre les deux images. En effet, le tableau est une représentation de la réalité, alors que la seconde est la réalité. En outre, le contexte joue un rôle important dans la qualification puisque la photographie prise sur le réseau vient d'un site pornographique, donc elle garde ce qualificatif³³⁹. Par contre, la toile vient d'un Musée, elle possède depuis déjà bien longtemps son statut d'œuvre d'art et son intitulé vient atténuer son caractère possiblement « pornographique ». Par conséquent, le contexte dans un sens large, permet inévitablement de qualifier telle ou telle image ou représentation de pornographique³⁴⁰. D'ailleurs, en droit criminel canadien, il faut regarder l'œuvre dans son intégralité pour déterminer si elle est ou non obscène, et non se fonder sur de simples passages³⁴¹.

³³⁶ Les gravures de la fin du XVIII^e siècle sont également un très bon exemple, comme le souligne d'ailleurs Ruwen OGIEN (préc., note 225, p. 28).

³³⁷ Elle est exposée au Musée d'Orsay à Paris dans un coin pour laisser la possibilité aux visiteurs de la voir ou non. Toutefois, il faut préciser que cette toile a, néanmoins, connu un régime d'exception en raison de sa représentation. En effet, elle a été longtemps cachée, notamment par ses propriétaires, comme Lacan.

³³⁸ A. GIAMI, « Pornographie (II, 2) », dans S. BATEMAN (dir.), préc., note 173, p. 172.

³³⁹ L'auteur Alain GIAMI suggère d'insérer dans sa définition de la pornographie, structurée en trois parties, le fait qu'« il s'agit généralement d'une représentation soumise à la restriction et à l'interdiction ». Les deux autres parties sont, pour la première, que « la pornographie est un ensemble de représentations d'actes et de personne à contenu explicitement sexuel », et enfin, pour la seconde, « ces représentations ont le pouvoir de stimuler l'excitation sexuelle ». (M. M. MARZANO-PARISOLI, préc., note 306, p. 92 et 93).

³⁴⁰ « Pour qu'une image soit pornographique, il n'est pas seulement nécessaire et suffisant que son contenu soit d'un certain type, il est aussi nécessaire et suffisant que sa force illocutoire soit d'un certain type. Il faut les deux » (Propos de Michela MARZANO, préc., note 304, p. 134); R. OGIEN, préc., note 225, p. 28.

³⁴¹ R. c. *Brodie* (1962), 132 C.C.C. 161-179; COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, 1983, préc., note 67, p. 1188.

Néanmoins, qu'une image ou une représentation, soit pornographique ou non, ne lui enlève pas, en principe, son caractère d'œuvre. Ce qui implique qu'elle doit être protégées, quelles que soit son mérite³⁴². En effet, la protection s'applique normalement à tout œuvre, qu'elle respecte ou non la morale ou les bonnes mœurs de l'époque. Or, la Cour de cassation a laissé entendre que le film pornographique n'est protégé par le droit d'auteur que s'il n'est pas constitutif d'un outrage aux bonnes mœurs au sens de l'article 283 de l'ancien C.pén.³⁴³. Pourtant, une œuvre reste une œuvre et peu importe son contenu. Il semble clair que l'aspect moral prend une certaine place et que le qualificatif d'œuvre ne peut pas être employé pour les images ou représentations qui sont contraires à la morale³⁴⁴. Nous sommes ainsi « à la limite de ce que l'art permet et de ce que la morale devient susceptible de réprouver. Car, bien que la notion de bonnes mœurs soit extensive, elle ne saurait toucher à l'art »³⁴⁵. Toutefois, le fait que ces images soient considérées comme illégales, car contraire à la décence ou qualifiées d'obscènes, a pour conséquence qu'elles ne peuvent pas jouir de droits, comme le droit d'auteur, d'après la Cour de cassation. Il est indéniable que la notion de « pornographie » est une notion insaisissable.

II. Une notion insaisissable : une tentative de définition

Il est clair, désormais, que définir la pornographie est extrêmement complexe, car de nombreuses valeurs morales, religieuses, voire culturelles viennent en général faire interférence. Toutefois, nous allons tenter de trouver une signification à ce terme ou plus exactement en sortir les éléments objectifs (A) et ceux finalement, qui permettent de qualifier un document ou une image de pornographique (B).

³⁴² *Code de la propriété intellectuelle français*, art. L.112-1.

³⁴³ C.pén., ancien art. 283 : « Sera puni d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 360 F à 30.000 F quiconque aura : Fabriqué ou détenu en vue d'en faire commerce, distribution, location, affichage ou exposition ; Importé ou fait importer, exporté ou fait exporter, transporté ou fait transporter sciemment aux mêmes fins ; Affiché, exposé ou projeté aux regards du public ; Vendu, loué, mis en vente ou en location, mime non publiquement ; Offert, mime à titre gratuit, mime non publiquement, sous quelque forme que ce soit, directement ou par un moyen détourné ; Distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque, Tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs » ; C.cass.crim., 28 sept. 1999, D.2000.AJ.60; A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 154.

³⁴⁴ « La reconnaissance préalable du caractère pornographie de l'image semble d'ailleurs exclure toute dimension artistique qui la sublimerait » (E. DREYER, préc., note 311, p. 431).

³⁴⁵ Trib.corr. d'Orange, préc., note 294.

A) Les critères objectifs de la pornographie

Le terme « pornographique » représente un concept social qui est imprégné par les valeurs de chacun. Il est donc difficile de trouver une définition qui soit objective. Toutefois, nous allons essayer de dégager certains critères découlant du droit criminel canadien et français. Il s'agit d'un comportement sexuellement explicite (1) représenté dans un contexte à dominance sexuel (2).

1) Un comportement sexuellement explicite

Le droit criminel canadien et français, même en l'absence de définition légale, sont néanmoins en accord sur le fait que la pornographie représente un « comportement sexuellement explicite »³⁴⁶. Il s'agit donc de définir ce terme d'une manière descriptive en se référant seulement à du matériel sexuellement explicite³⁴⁷. La *Convention sur la cybercriminalité*³⁴⁸ est une bonne illustration du manque d'entente sur la notion de pornographie, puisqu'elle n'en donne pas et laisse chaque pays l'interpréter selon ses propres normes de droit interne³⁴⁹. Autrement dit, selon leur conception nationale de la sexualité. Toutefois, des éléments de réponse sont présents dans son *Rapport explicatif* en ce qui concerne l'article relatif à la pédopornographie³⁵⁰ qui a tendance, au contraire, à

³⁴⁶ L'auteur Philippe BENSIMON définit la pornographie comme « une représentation explicite du comportement sexuel d'une ou de plusieurs personnes à des fins mercantiles (le contraire serait sans aucun intérêt pour tous ceux qui la produisent), il est intéressant de noter que toute représentation sexuelle explicite ne relève pas nécessairement d'un contexte pornographique » (préc., note 229, p. 44). Par contre, Alain GAMI considère que « la pornographie n'est pas considérée comme une représentation, comme une fiction de la sexualité, mais bien comme une forme d'activité sexuelle elle-même » (« Pornographie (I, 1) : Que représente la pornographie? », préc., note 173, p. 49).

³⁴⁷ Voir : Karina BARBE, *La consommation de pornographie chez des adolescents et les attitudes envers les jeunes filles et la sexualité, les comportements de violence dans les fréquentations ainsi que les comportements de harcèlement sexuel*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 2001, en ligne : ProQuest <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=766163331&sid=1&Fmt=2&clientId=48948&RQT=309&VName=PQD>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 4.

³⁴⁸ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

³⁴⁹ « [L]'expression « matière pornographique » figurant au paragraphe 2 doit être interprétée conformément aux normes de droit interne concernant la classification du matériel comme obscène, incompatible avec les mœurs publiques ou ayant à un autre titre un effet pervers. Il s'ensuit que le matériel présentant un intérêt artistique, médical, scientifique, etc., pourra être considéré comme n'étant pas pornographique » (COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité* (STE n° 185), 8 nov. 2001, § 99, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/185.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

³⁵⁰ *Id.*

réunir les pays. En effet, l'expression « comportement sexuellement explicite » est définie par ce texte. C'est ainsi qu'elle

« désigne au moins l'un ou l'autre des comportements réels ou simulés suivants : a) relations sexuelles – y compris génito-génitales, oro-génitales, ano-génitales ou oro-anales – entre mineurs ou entre un mineur et un adulte, du même sexe ou de sexes opposés; b) zoophilie; c) masturbation; d) violences sado-masochistes dans un contexte sexuel; e) exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un mineur. Le fait que le comportement représenté soit réel ou simulé n'entre pas en ligne de compte. »³⁵¹

Par conséquent, il s'agit de l'ensemble des activités sexuelles, de manière très large, qu'elles soient simulées ou non. En effet, ce dernier caractère n'a pas besoin d'être réel ou non pour être considéré comme sexuel. Cela rejoint l'expression « activité sexuelle explicite » de l'article 163.1 (1) du C.crim. relatif à la pédopornographie. Elle comprend, selon l'arrêt *R. c. Sharpe*, un large éventail d'activités, comme les « actes, considérés objectivement, se situant à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque »³⁵². Ainsi, tous les comportements sexuels explicites entre personnes de même sexe ou de sexe opposés, avec ou sans objets ou animaux, représentent de la pornographie. C'est ainsi que la distinction avec l'érotisme n'a plus vraiment de raison d'être, puisque toutes activités mettant en scène de la sexualité seraient de la pornographie. En considérant tous les comportements en rapport avec la sexualité comme de la pornographie, cela rejoint le sens étymologique du mot « pornographie ». En effet, il vient du grec et il est composé du substantif « *pornê* », signifiant des prostituées qui vendaient leur corps, et du verbe « *graphien* », signifiant l'acte d'écrire ou de représenter. Il s'agit

³⁵¹ Cette description est très similaire à celle contenu dans le texte de la loi américaine luttant contre la pédopornographie, la *Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act* (Protect Act 2003) (texte en ligne: <<http://judiciary.senate.gov/special/S151CONF.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009)): section 504, § 1466A « (a) IN GENERAL.—Any person who, in a circumstance described in subsection (d), knowingly produces, distributes, receives, or possesses with intent to distribute, a visual depiction of any kind, including a drawing, cartoon, sculpture, or painting, that— “(1)(A) depicts a minor engaging in sexually explicit conduct; and (B) is obscene; or (2)(A) depicts an image that is, or appears to be, of a minor engaging in graphic bestiality, sadistic or masochistic abuse, or sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex; and (B) lacks serious literary, artistic, political, or scientific value; or attempts or conspires to do so, shall be subject to the penalties provided in section 2252A(b)(1), including the penalties provided for cases involving a prior conviction ».

³⁵² *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 44-49.

ainsi de « la représentation de femmes qui vendent leur corps pour de l'argent »³⁵³. Le rapport avec la sexualité est clairement mentionné.

Toutefois, certains auteurs soutiennent que la pornographie est « une représentation explicite du comportement sexuel d'une ou de plusieurs personnes à des fins mercantiles (le contraire serait sans aucun intérêt pour tous ceux qui la produisent), il est intéressant de noter que toute représentation sexuelle explicite ne relève pas nécessairement d'un contexte pornographique »³⁵⁴. Or, comme nous l'avons mentionné, toute représentation sexuelle explicite est de la pornographie ou de l'érotisme, selon les auteurs, mais, dans tous les cas, cela reste un comportement sexuellement explicite. Peut-être que la solution, comme le souligne certains auteurs, seraient d'enlever du langage juridique le terme pornographie pour éviter certaines ambiguïtés³⁵⁵.

Par conséquent, le champ d'application de la pornographie est plus vaste, car il regroupe toutes les choses sexuelles. Dans ces conditions, toutes représentations d'organes sexuels féminins ou masculins constituent de la pornographie, ainsi que la partie anale d'une personne. Il en va de même de toutes pénétrations de n'importe quelle forme, naturelle ou avec un objet, et de toutes représentations lascives ou suggestives, car elles ont un certain caractère sexuel et qu'elles sont souvent dans un contexte lui-même relié à la sexualité. D'où, l'importance du second critère.

2) Dans un contexte à dominance sexuelle

Pour qu'un document ou une image soit qualifié de « pornographique », il faut qu'ils représentent des choses sexuelles, mais également que le contexte soit à dominance sexuelle. Cette expression « contexte à dominance sexuelle » rejoint, sur certains aspects, celles qui sont utilisées en droit criminel canadien, à savoir le « but sexuel » et la « caractéristique dominante », contenues dans l'article 163.1 (1) du C.crim. En effet, ces deux notions ont été interprétées par les tribunaux dans de nombreuses décisions, dont la plus connue est l'affaire *R. c. Sharpe*. Les juges en ont déduit qu'

³⁵³ R. OGIEN, préc., note 225, p. 23; N. CAMPAGNA, préc., note 61, p. 39-41.

³⁵⁴ P. BENSIMON, préc., note 229, p. 44.

³⁵⁵ Voir : N. CAMPAGNA, préc., note 61; R. OGIEN, préc., note 225.

« [i]l s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale de l'enfant. Il en va de même de l'expression « dans un but sexuel », qui s'entend (...) de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes. »³⁵⁶

Autrement dit, « il n'y a représentation pornographique que dans la mesure où le fait de susciter l'excitation est envisagé comme une finalité explicite de ces représentations »³⁵⁷. En effet, cette condition permet de distinguer certaines images ou comportements qui pourraient être considérés comme de la pornographie du fait de la présence d'éléments sexuels. Par exemple, certains contacts sexuels, même si à connotation sexuelle, peuvent être anodins, comme les attouchements, les baisers et les étreintes³⁵⁸. Dans ce cas précis, ils ne rentrent pas dans le champ d'application. Par contre, dès que le contexte est à dominance sexuelle, ces contacts peuvent devenir pornographiques³⁵⁹.

Cette condition n'est, toutefois, pas une condition nécessaire et suffisante. En effet, une image représentant des organes sexuels restent pornographiques de manière objective, mais c'est le contexte à dominance sexuelle qui viendra en quelque sorte appuyer ce caractère pornographique. C'est ainsi, pour reprendre l'exemple du tableau de Gustave Courbet, « L'Origine du Monde », que tous les comportements sexuellement explicites, tels que des organes sexuels féminins, sont objectivement pornographiques, mais que le contexte n'est pas à dominance sexuelle, ce qui lui confère ce droit d'être exposé dans un Musée et ainsi d'obtenir le titre d'« œuvre d'art ».

Il faut donc faire une différence entre les nus. En effet, un nu sera considéré comme pornographique s'il se trouve, par exemple, dans un répertoire dont la dominance est la représentation de choses sexuelles ou qu'il possède une légende à caractère pornographique³⁶⁰. En d'autres termes, les représentations des organes sexuels ou de la

³⁵⁶ R. c. *Sharpe*, préc., note 30, § 50.

³⁵⁷ M.M. MARZANO-PARISOLI, préc., note 306, p. 94.

³⁵⁸ R. c. *Sharpe*, préc., note 30, § 49.

³⁵⁹ *Id.*, § 51: « la disposition pourrait s'appliquer à une bande vidéo dans laquelle les seins nus d'une adolescente sont caressés, mais seulement si l'activité est représentée de manière détaillée et revêt indéniablement un caractère sexuel ».

³⁶⁰ *Id.*, § 51: « Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d'en modifier le sens et de faire en sorte qu'un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle » (R. c. *Hurtubise*, préc., note 317; R. c. *Fontaine*, préc., note 317).

région anale du mineur doivent être faites dans un but sexuel qui doit être la caractéristique dominante de la représentation. Dans ces conditions, le critère du « contexte » prend toute son importance. Il faut qu'il soit propice à la sexualité et à tout ce qui s'y rapporte de près ou de loin. Un simple nu n'est pas, *a priori*, de la pornographie, sauf lorsqu'il se trouve dans un « contexte à dominance sexuelle ». En effet, la nudité, celle qui ne fait que représenter le corps dans son ensemble sans poses lascives ou suggestives, ne constitue pas, en principe, un comportement sexuellement explicite. Il en sera différemment dès que le caractère sexuel apparaîtra. Il est donc nécessaire que ce caractère sexuel soit la caractéristique dominante de la représentation pour ne pas incriminer certaines d'entre-elles qui n'auraient pas de but sexuel. Une part importante de subjectivité est présente, puisque chaque personne aurait une interprétation différente en ce qui concerne ces représentations.

D'ailleurs, de nos jours, le corps a tendance à être utilisé pour toutes sortes de produits de consommation. Les campagnes publicitaires peuvent parfois avoir recours à des représentations sexualisées du corps du mineur³⁶¹. En effet, ils sont représentés dans des poses explicitement sexuelles pouvant être considérées, pour certains, comme pornographiques. Le sexe est devenu un moyen pour vendre des produits et, fait indiscutablement partie de la vie quotidienne. Il est alors important de faire certaines distinctions importantes, car de nombreuses publicités, jeux vidéo ou autres représentations pourraient être considérées comme de la pédopornographie.

En résumé, la pornographie, de manière objective et descriptive, est la représentation d'un comportement sexuellement explicite qui se déroule, la plupart du temps, dans un contexte à dominance sexuelle. Or, il faut à présent faire une autre distinction, à savoir que toute pornographie n'est pas légale en raison de certains comportements considérés par la société et le législateur comme inacceptables et, dont la sanction est la censure juridique.

³⁶¹ « La pornographie en ligne n'est qu'un aspect d'un problème plus large, celui d'une société où une représentation sexualisée des jeunes sert de plus en plus à vendre tout et n'importe quoi, des parfums aux vêtements » (RÉSEAU ÉDUCATION-MÉDIAS, *Connaître les dangers – Pornographie*, dossier Pour les enseignants : la toile et les jeunes : naviguer en toute sécurité, en ligne : <http://www.media-awareness.ca/francais/enseignants/toile_enseignants/toute_securite_enseignants/dangers_pornographie.cfm>, (consulté le 23 sept. 2009)).

B) Les comportements justifiant la censure juridique

Comme nous l'avons souligné, la pornographie devient illégale dans certaines conditions, notamment lorsqu'elle est obscène, contraire aux bonnes mœurs ou à la décence. En effet, certains comportements sexuellement explicites ne sont pas tolérés, aussi bien en droit canadien que français. C'est pour cette raison que « pour apprécier la moralité d'une image contraire à la décence, il faut tenir compte non seulement du choix du sujet et de la mise en scène, mais surtout du public auquel il s'adresse »³⁶². Par conséquent, les comportements sexuels qui sont incriminés sont de plusieurs types. En premier lieu, il s'agit de censurer ceux qui contiennent de la violence ou qui sont dégradants ou déshumanisants, voire contraire à la dignité de la personne (1) et, enfin, en second lieu, il s'agit de protéger une certaine catégorie de personnes, à savoir celles qui sont jugées vulnérables ou faibles, notamment les mineurs (2).

1) Les contenus à caractère violent ou dégradant

L'interdiction de certains contenus s'explique par le fait que la mise en scène des comportements sexuels est violente ou présente un caractère dégradant, contraire à la dignité de la personne³⁶³, telle qu'incriminée par l'article 227-24 du C.pén. et l'article 163 du C.crim. Ces comportements constituent de la pornographie, mais ils ne sont pas tolérés par la société. C'est ainsi qu'il faut faire une distinction entre les différents contenus pornographiques³⁶⁴.

Le Guide relatif à la réponse du Gouvernement fédéral aux rapports sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et sur la pornographie et la prostitution du Gouvernement du Canada distingue les différents types de documents pornographiques qui « désigne une représentation visuelle d'actes sexuels, notamment les rapports sexuels vaginaux, anaux ou oraux, ou qui montre un comportement sexuel violent, la bestialité, l'inceste, la nécrophilie,

³⁶² T.corr. Bressuire, 15 janv. 1968, *Gaz.Pal.* 1968.1.somm.6.

³⁶³ Cette notion sera étudiée plus longuement dans un autre développement (*Infra*, p. 109).

³⁶⁴ Il y a donc une distinction entre la pornographie violente et non violente (Voir : K. BARBE, préc., note 347, p. 4).

la masturbation ou l'éjaculation »³⁶⁵. Cette définition rejoint celle des « comportements sexuellement explicites » que nous avons donnée précédemment. Parmi ces documents, il y a également les documents pornographiques à scènes de violence qui montrent « l'altération – réelle ou simulée – permanente ou importante du corps ou de ses fonctions », les documents pornographiques dégradants qui montrent « la défécation, l'urologie, l'éjaculation et l'expectoration par une personne sur une autre, la lactation, la menstruation, la pénétration d'un orifice corporel avec un objet, une personne attachée, une personne qui en traite une autre comme un animal ou un objet ou se traite ainsi, ou une personne qui tente de s'avilir ou d'en avilir une autre », et enfin, les comportements sexuels violents qui signifient « toute forme d'agression sexuelle qui, dans l'intention apparente d'apporter une satisfaction ou une stimulation de nature sexuelle au spectateur, montre[nt] une personne s'infliger – ou faire semblant de s'infliger – des douleurs physiques – réellement ou en apparence – ou en infliger à une autre »³⁶⁶. Tous ces comportements présentent un danger à l'intégrité physique et psychique de la personne. Ils sont donc incriminés par le droit criminel canadien, comme français³⁶⁷. L'aspect sexuel ne vient qu'apporter un élément de plus au comportement incriminé. En effet, toute violence contre une personne, qu'elle soit sexuelle ou non, est condamnée. C'est pour cette raison que l'article 227-24 du C.pén., qui remplace l'ancien article 283 relatif à l'outrage aux bonnes mœurs, incrimine aussi bien les messages « à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine »³⁶⁸. Toutefois, il ne s'applique qu'aux messages susceptibles d'être vus ou perçus par des mineurs³⁶⁹. Autrement dit, seulement à ceux mettant en péril les mineurs

³⁶⁵ GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide relatif à la réponse du Gouvernement fédéral aux rapports sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et sur la pornographie et la prostitution*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1986, p. 31; Voir : J. BERCOVITCH et G. BUSQUE, préc., note 290, p. 6.

³⁶⁶ *Id.*, GOUVERNEMENT DU CANADA.

³⁶⁷ Dans le *Code pénal français*, il y a un chapitre II relatif aux « atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne » dans le titre II, du Livre 2 « Des crimes et délits contre les personnes ». Dans le *Code criminel canadien*, il s'agit de la partie V relative aux « infractions d'ordre sexuel, actes contraires aux bonnes mœurs, inconduite » et la partie VIII sur les « infractions contre la personne et la réputation ».

³⁶⁸ « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

³⁶⁹ La notion de violence ne semble pas aussi claire en droit français. En effet, la notion est considérée comme floue et incertaine, puisque « la violence ne se résume pas à une atteinte physique exercée à l'encontre d'autrui », d'après la Défenseure des enfants Madame Claire BRISSET. D'ailleurs, la Cour de cassation a estimé que les violences ou les voies de faits pouvaient être constituées si les faits litigieux étaient de nature à « provoquer une sérieuse émotion » ce qui est une définition beaucoup trop large. (Claire BRISSET, *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication*, Défenseure des enfants, Paris, Ministère de la Justice, déc. 2002, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000633/index.shtml>>, (consulté le 23 sept.

ce qui limite beaucoup le champ d'application. Tous ces actes comportent une part importante de violence et de dégradation de la personne humaine, ce qui explique la censure de ces documents. L'aspect sexuel est secondaire.

En principe, cette interdiction de messages de violence ou de dégradation de la personne humaine par le biais de scènes sexuelles, est applicable à toute la société sans distinction entre personnes majeures ou mineures. Toutefois, il en va différemment pour les autres comportements sexuellement explicites. En effet, ils ne peuvent pas être diffusés devant n'importe quel public.

2) La protection des personnes vulnérables

Le but premier de cette protection est indéniablement celui de protéger les personnes vulnérables³⁷⁰ de certains comportements sexuels, aussi bien en tant qu'acteur (a) qu'en tant que spectateur (b).

a) Contre l'exploitation de la faiblesse

En règle générale, ce groupe représente les mineurs qui, comme nous l'avons déjà fait remarquer dans nos développements précédents, « ont besoin de protection, plus que toute autre catégorie de personne »³⁷¹. C'est ainsi que les comportements sexuellement explicites peuvent avoir des effets négatifs sur leur développement physique ou psychique. En effet, ils ne possèdent pas, en principe, les caractéristiques nécessaires pour pratiquer une quelconque activité sexuelle. Tout dépend de l'âge et de la maturité du mineur, puisque certains peuvent avoir la majorité sexuelle.

Dans tous les cas, le législateur a pour mission de protéger les personnes qui sont dans l'incapacité de consentir à des actes sexuels et encore plus, lorsqu'il s'agit d'exploitation

2009), p. 45 et 46). Toutefois, le Conseil d'État est venu apporter une précision à savoir que constitue un message pornographique et d'incitation à la violence, un film montrant une succession de scène de grande violence et de scènes de sexe non simulées. (CE 30 juin 2000, préc., note 311).

³⁷⁰ Le terme « vulnérabilité » « est plutôt récent, puisqu'il est né avec notre modernité, plus précisément autour du XIXe siècle » (Bjarne MELKEVIK, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005, p. 5-7).

³⁷¹ R. c. Tardiff, C.Q. Joliette, J.E. 99-291, AJDQ (1999) n°2219.

sexuelle. Le droit vient ainsi protéger les personnes vulnérables qui sont dans l'impossibilité de se protéger toutes seules et sont plus faibles pour refuser toutes implications dans une activité sexuellement explicite. Par conséquent, ce qui n'est pas acceptable, c'est l'exploitation des faiblesses d'une personne, notamment lorsqu'elle est sexuelle, puisqu'elle ne peut, en aucun cas, donner un consentement éclairé et sain³⁷², tel est, d'ailleurs le cas, en ce qui concerne les documents mettant en scène sexuellement des mineurs. Ces derniers sont interdits aussi bien par le droit criminel canadien que français, comme nous le verrons de manière plus détaillée dans notre étude.

b) Contre la diffusion de comportements sexuellement explicites

En outre, l'interdiction concerne également le fait de diffuser des comportements sexuellement explicites devant ces personnes vulnérables, les mineurs, en raison de leur manque de maturité et cette possibilité de les perturber par ces comportements³⁷³. Autrement dit, la publicité de certains contenus peut être nuisible ou préjudiciable aux mineurs qui pourraient être troublés dans leur imagination³⁷⁴. C'est ainsi que depuis des années, la pornographie est considérée comme inadaptée à la jeunesse³⁷⁵ qui doit en être protégée, comme elle l'est également contre toutes sortes de violences³⁷⁶. C'est pour cette raison que l'article 227-24 du C.pén. interdit que la pornographie et la violence, mais aussi les messages portant atteinte à la dignité humaine, ne soient susceptibles d'être vus ou

³⁷² Un problème se pose quant au principe de l'autonomie personnelle reconnue par le droit à l'égard de cette protection contre l'exploitation de la vulnérabilité. En effet, nous verrons qu'au nom de cette dernière, le législateur suivi par les juges, peuvent décider de ne pas tenir compte du consentement de la personne, libre sexuellement, aux motifs qu'elle présente une certaine vulnérabilité qui se traduit par « la tentation de tronquer « autonomie » contre « sécurité » sous forme d'hétéronomie » » (B. MELKEVIK, préc., note 370, p. 9-11).

³⁷³ Voir : Laurent GUYÉNOT, *Le livre de l'industrie rose: De la pornographie à la criminalité sexuelle*, Paris, Auzas Éditeurs Imago, 2000.

³⁷⁴ O. LEROUX, préc., note 299, 18 : « La notion de « publicité » doit être entendue ici dans son sens large : tout moyen permettant de porter l'offre à la connaissance d'autrui tombe sous le coup de l'incrimination, sans distinction quant au support de publicité utilisé ».

³⁷⁵ Par exemple, les publications destinées à la jeunesse ont toujours été contrôlées (France: *Loi n°49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse*, J.O. 19 juil. 1949, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), (ci-après « *Loi n°49-956 du 16 juillet 1949* »)).

³⁷⁶ J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 43 et suiv. ; Christian FÉRAL-SCHUHL, *Le Cyberdroit, le droit à l'épreuve de l'Internet*, 4ème éd., Paris, Dalloz, 2006, chapitre 135; E. DREYER, préc., note 311, p. 414-420; ECPAT International, *La violence contre les enfants dans le cyberspace*, Une contribution à l'Étude mondiale des Nations Unies sur la violence à l'égard des enfants, Bangkok, sept. 2005, en ligne : <http://www.ecpat.net/EI/Publications/ICT/Cyberspace_FRE.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009) ; C. BRISSET, préc., note 369.

perçus par des mineurs, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support³⁷⁷. En d'autres termes, ces messages représentent un danger potentiel pour ces personnes, notamment lorsque les nouveaux médias, comme le réseau Internet, sont utilisés comme moyen de diffusion³⁷⁸. En effet, en droit français, il est érigé en circonstance aggravante lorsqu'il sert à la commission de certaines infractions, comme celle de la corruption de mineur³⁷⁹, du proxénétisme³⁸⁰ ou de la diffusion d'images de mineurs présentant un caractère pornographique³⁸¹.

Ces divers types de messages sont considérés comme étant particulièrement choquants pour les personnes mineures³⁸². Toutefois, aucune étude ne l'a véritablement prouvé. En effet, elles ont tendance à se contredire³⁸³. Il est difficile de savoir quels sont les réels effets de la pornographie sur le comportement des mineurs, à part celui d'imiter les faits et gestes des personnes majeures³⁸⁴. Ils reproduisent les actes sexuels qu'ils perçoivent sur les différents supports. C'est ainsi que tout le matériel pornographique trouvable sur Internet devient en quelque sorte le « professeur » en éducation sexuelle de ces jeunes. D'ailleurs, ils pensent que la pornographie représente la réalité des comportements sexuels à adopter dans une relation sexuelle³⁸⁵. C'est ainsi que le réseau est devenu un moyen pour ces derniers d'exprimer leurs désirs sexuels en reproduisant les comportements sexuels. Il ne faut pas oublier que l'apprentissage chez l'adolescent s'effectue par l'imitation de l'adulte, son modèle³⁸⁶. C'est pour cette raison que même en l'absence de lien de cause à effet entre la

³⁷⁷ Son corollaire en droit criminel canadien pourrait être l'art. 163 C.crim.. En effet, ce texte incrimine les la corruption des mœurs. Voir : E. DREYER, préc., note 311, p. 433 et suiv.

³⁷⁸ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Exposé des motifs du projet de Loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, Paris, Juin 2001, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

³⁷⁹ C.pén., art. 227-22.

³⁸⁰ C.pén., art. 225-7.

³⁸¹ C.pén., art. 227-23.

³⁸² Ruwen OGIEN, dans son ouvrage *Penser la pornographie* (préc., note 225, p. 128 et suiv.), essaie de démontrer le contraire et demande s'il ne serait pas mieux d'apprendre aux mineurs à les supporter.

³⁸³ *Id.*, p. 133-139; « L'ennui est qu'aucune étude sérieuse n'a jamais réussi à montrer, ni en France ni à l'étranger, le moindre lien de causalité entre l'exposition des jeunes à ces films et des comportements dangereux, voire de simples « dommages psychiques » (M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 228-229). Voir : E. DREYER, préc., note 311, p. 413.

³⁸⁴ M. MARZANO et C. ROZIER, préc., note 12, p. 99 et suiv; ECPAT International, préc., note 376, p.26 ; K. BARBE, préc., note 347.

³⁸⁵ Voir : M. MARZANO et E. JEZ, préc., note 17, p. 88.

³⁸⁶ Le problème est que les films pornographiques ont tendance à montrer la domination masculine dans la relation sexuelle. Or, les adolescents recherchent un modèle, afin de pouvoir s'y identifier. Ils ont ainsi une fausse image de la sexualité où l'idée de performance est beaucoup plus présente. Voir : M. MARZANO et C. ROZIER, préc., note 12.

pornographie et du danger sur le développement physique et psychique du mineur, le législateur a choisi de faire de la prévention pour limiter ce genre de matériel³⁸⁷. Il est donc clair qu'il s'agit de préserver, avant toute chose, la moralité des personnes mineures de certains contenus, notamment à caractère sexuel³⁸⁸.

Le critère de la diffusion devient important car, selon le public, les documents seront interdits. Le juge se fonde désormais principalement sur « l'effet que peut avoir l'image sur le spectateur, et plus particulièrement la jeunesse »³⁸⁹. En d'autres termes, il s'agit de protéger le regard du mineur de certains contenus jugés inadaptés pour sa personne et qui pourrait frapper son imagination. Il s'agit, en quelque sorte, de le protéger d'actes immoraux. La notion de « pornographie » semble donc être « une notion à géométrie variable dépendant du sujet impliqué (...) mais qui (...) fait entrer la matière dans une zone très subjective »³⁹⁰.

Section2: L'association de « pédo » et « pornographie » : un consensus possible

Dans le contexte d'Internet, cette absence d'entente sur la signification du terme « pornographie », aussi bien au niveau national qu'international, entraîne un certain flou juridique qui profite plus spécialement aux auteurs de l'infraction de pédopornographie. Cette dernière fait référence indéniablement au premier terme, à la différence qu'elle ne s'applique qu'au matériel mettant en scène sexuellement des mineurs. Il s'agit donc de protéger les personnes jugées incapables et vulnérables. Un paradoxe apparaît, à savoir que le terme « pédopornographie » possède une définition consensuelle, contrairement à celui de « pornographie ». Or, les deux termes sont indéniablement reliés. C'est pour cette raison que nous pouvons déduire la définition de l'une par rapport à l'autre. Néanmoins, la notion de « pédopornographie » n'est pas aussi claire et précise qu'elle n'y paraît. En effet, il existe une certaine interchangeabilité des notions qui entraîne une réelle confusion (I),

³⁸⁷ « Personne ne nie la nécessité d'assurer la protection de l'enfance et de l'adolescence parce qu'il s'agit de moments de l'existence où la personne se construit, où les repères ne sont pas encore assurés, un âge qui est une passe dangereuse » (E. DREYER, préc., note 311, p. 41).

³⁸⁸ O. LEROUX, préc., note 299, p. 17.

³⁸⁹ C.cass.crim, 5 fév. 1974, préc., note 302.

³⁹⁰ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 89.

même si un début d'harmonisation voit le jour, puisque l'objectif premier, la protection des mineurs, est partagé et légitime (II).

I. L'interchangeabilité des notions : un facteur négatif

Malgré une volonté de s'entendre sur ce que représente la pédopornographie, il existe un problème qui peut engendrer quelques confusions. En effet, chaque pays ou organisme utilise son propre vocabulaire pour désigner ce type de matériel. C'est ainsi qu'il y a une multitude de vocables qui se réfèrent à des notions dérivées ou voisines (A), mais également, certains qui, possédant pourtant un sens différent, sont employés dans le même sens que celui de « pédopornographie ». Cet amalgame, souvent le fruit de l'opinion publique, est visible aussi bien en droit canadien que français (B).

A. Les notions dérivées ou voisines

Lorsque nous étudions l'infraction de pédopornographie, nous sommes confrontés à un nombre impressionnant de termes différents, mais souvent similaires. En effet, le *Code criminel canadien*, dans son article 163.1, fait référence au terme « pornographie juvénile », alors que la France semble préférer celui de « pornographie enfantine »³⁹¹ comme pour la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*³⁹². Par contre, la *Décision-cadre du 2004/68/JAI* utilise le terme « pédopornographie »³⁹³, alors que le *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la*

³⁹¹ Expression utilisée notamment par le Sénat français dans son rapport intitulé *La répression de la pornographie enfantine* (Service des affaires européennes, déc. 1996, en ligne : <<http://www.senat.fr/lc/lc22/lc22.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)) et par LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET (France) dans sa recommandation intitulée *Les enfants du Net - II : pédo-pornographie et pédophilie sur l'internet*, Paris, Ministère des solidarités, de la santé et de la famille (2005, 75 pages, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000066/index.shtml>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

³⁹² *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, 25.X.2007, Lanzarote, S.T.C.E. n°201, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/treaties/Html/201.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), art. 20. Ce texte a été signé par la France le 25 octobre 2007, mais il n'a pas encore été ratifié.

³⁹³ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 1^{er} et 3.

*pornographie mettant en scène des enfants*³⁹⁴ et Interpol³⁹⁵ emploient celui de « pornographie mettant en scène des enfants ». Parfois, la notion de « pornographie infantile » est également présente dans les textes, notamment par l'association Mouvement Anti Pédophilie sur Internet (MAPI) dans son rapport relatif à *La Pornographie Infantile sur Internet*³⁹⁶ ou encore, par le Parlement du Canada dans son compte rendu officiel du 13 octobre 2004³⁹⁷. Les tribunaux y ont aussi parfois recours³⁹⁸.

Ces différents vocables démontrent la difficulté qu'il y a à nommer de manière claire et précise la pédopornographie, alors que le droit criminel est soumis au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale qui l'impose. Un risque peut se produire, à savoir la trop grande liberté laissée aux juges qui pourraient faire preuve de moralité, car l'émotion et l'irrationnel sont très présents dans cette incrimination. D'ailleurs, l'emploi de tous ces termes vient conforter l'idée que personne ne semble s'entendre sur ce qu'il faut comprendre par « mineurs ». En effet, les diverses expressions viennent plus ou moins rétrécir la catégorie des personnes mineures. Notamment le mot « enfance » ou « infantile » ont tendance à renvoyer aux enfants et non aux adolescents. Or, l'incrimination concerne aussi bien l'un que l'autre, puisqu'elle s'applique à toutes personnes de moins de dix-huit ans. C'est ainsi que nous utiliserons de préférence le terme « pédopornographie » qui renvoie au mot « pédo » qui veut dire en grec « enfant » et « pornographie »³⁹⁹. Il s'agit donc de la pornographie relative aux enfants dans un sens global (y compris les adolescents). Cela rejoint l'expression « pornographie mettant en scène des mineurs » qui correspond bien à l'incrimination, à savoir l'interdiction pour des mineurs, personnes de moins de dix-huit ans, de fixer sur quelque support et quel que soit le moyen, des

³⁹⁴ *Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, 25 mai 2000, en ligne : <<http://www.ohchr.org/french/law/crc-sale.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

³⁹⁵ INTERPOL, *Recommendations on offences against Minors*, 61st General Assembly (1995).

³⁹⁶ MAPI, préc., note 63.

³⁹⁷ *Compte rendu officiel du Parlement du Canada*, 38^e législature, 1^{re} session, n°007, 13 oct. 2005, en ligne : <http://www.parl.gc.ca/38/1/parlbus/chambus/house/debates/007_2004-10-13/han007_1520-F.htm>, (consulté le 23 sept. 2009); Terme employé par Réal MÉNARD (CHAMBRE DES COMMUNES, *Discours du parrain à la deuxième lecture du Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 212.

³⁹⁸ CA Caen, 8 sept. 1999, *Monsieur S. c. Le Ministère public*, J.C.P.2000, p.1902, obs. Bertrand-Doulat, en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Protection de la jeunesse* — 1160, J.E. 2000-1891 (C.Q.).

³⁹⁹ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p.172; Y. POULIN, *Un arsenal de mesures à la traque d'un contenu illicite, la pédopornographie*, préc., note 89, p.2.

comportements sexuellement explicites. Toutefois, des amalgames peuvent être faits avec d'autres notions.

B. L'amalgame avec certaines notions

Il est souvent fait référence à la pédophilie (1) ou à l'inceste (2) pour désigner du matériel pédopornographique. Or, ces deux comportements ne sont qu'une composante de cette dernière.

1) La pédophilie

Comme le souligne Isabelle Falque-Pierrotin, présidente du Forum des droits sur l'Internet en France, il faut faire la distinction entre les deux termes « pédophilie » et « pédopornographie ». En effet, pour cette dernière, « on confond souvent deux choses qui n'ont pas grand-chose à voir l'une avec l'autre : la diffusion sur Internet d'images mettant en scène des mineurs. C'est la pédo-pornographie. Et les contacts noués par des adultes pédophiles avec des mineurs »⁴⁰⁰. Même les médias ne font parfois pas la différence entre ces deux termes, et également avec celui de l'homosexualité, ce qui n'est pourtant pas la même chose⁴⁰¹.

L'amalgame entre « pédophilie » et « pédopornographie » est assez évident. Dans les deux cas, il est fait référence à « pédo » qui se traduit par « enfant ». Des différences sont néanmoins à faire. En effet, la pédophilie signifie, étymologiquement⁴⁰² celui qui aime les enfants sans réelle connotation sexuelle. Pourtant, de nos jours, seul ce mot est utilisé pour

⁴⁰⁰ Arnaud DEVILLARD, *Des propositions pour améliorer la protection de l'enfance sur Internet : Le Forum des droits sur l'Internet fait au ministère de la Famille une série de propositions pour mieux lutter contre la pédo-pornographie et la pédophilie en ligne*, 25 janv. 2005, en ligne : <<http://www.01net.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴⁰¹ MÉDIA G, *L'Agence France Presse vient de publier plusieurs dépêches comprenant des amalgames entre homosexualité et pédophilie en marge du procès d'un pédophile*, 05 mai 2003, en ligne : <<http://www.media-g.net/detail.php?id=0IYCILQVFB>>, (consulté le 23 sept. 2009). En outre, il ne faut pas oublier qu'à l'Antiquité, la pédérastie était une pratique habituelle. Mais là encore, une certaine dérive sémantique verra le jour avec l'homosexualité qui, pourtant, n'a rien avoir. En effet, l'homosexualité ne se pratique pas exclusivement avec de jeunes personnes, adolescentes de même sexe.

⁴⁰² Le mot « pédophilie » vient du grec *paid-*, de *paídos* qui signifie « enfant » et *phil-*, de *phileîn* qui signifie quant à lui, « qui aime ».

définir une relation entre un adulte et un mineur⁴⁰³. Il ne s'agit pas d'un terme juridique, puisque aucun texte n'y fait référence explicitement⁴⁰⁴, mais d'une catégorie de diagnostic clinique⁴⁰⁵ qui, selon l'Organisation Mondiale de la Santé, désigne « un trouble de la préférence sexuelle pour les enfants, généralement d'âge pré-pubère (moins de 13 ans) ou en début de puberté »⁴⁰⁶. Cette définition permet de faire une différence avec la pédopornographie qui n'est qu'une représentation d'un comportement sexuellement explicite avec un mineur reproduit sur un support quelconque. En d'autres termes, l'acte pédophile contribue, s'il est fixé sur un quelconque support, à alimenter le marché de la pédopornographie⁴⁰⁷, sinon il ne s'agit que d'une agression sexuelle sur la personne d'un mineur.

L'acte pédophile est donc un élément déclencheur de l'infraction même si, tout acte sexuel avec un mineur n'est pas condamné par la loi canadienne, comme française. En effet, il existe un certain consensus international sur le fait qu'un acte sexuel avec un mineur est considéré comme pédophile « lorsque l'enfant victime est âgé de 0 à 13 ans et lorsque l'auteur est lui âgé d'au moins 16 ans, tout en respectant une période de 5 années de différence entre l'âge de l'auteur et celui de sa victime »⁴⁰⁸. En outre, il existe deux sortes de pédophiles à savoir, d'une part, les « prédateurs » et, d'autre part, « les séducteurs ». Les premiers sont les plus dangereux car ils peuvent commettre des infractions sexuelles sur des

⁴⁰³ Il est fait un amalgame entre, d'une part, le terme « pédérastie », qui signifie qu'un adulte homme va avoir une attirance sexuelle envers de jeunes garçons, adolescents ou préadolescents, et, d'autre part, celui de « pédophilie ». Voir : FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 21 et suiv.; Jeremy BENTHAM, *Essai sur la pédérastie*, Lille, Les Cahiers Questions de Genre, 2003. De manière générale, la pédophilie consiste en « l'attirance sexuelle d'un adulte pour un enfant » (Nancy RISACHER, *La protection des mineurs sur le réseau Internet*, thèse, Université Nancy 2, Faculté de droit, 1997, en ligne : <<http://tregouet.org/senat/ntic/auditions/Tome2-Audition-78.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 67).

⁴⁰⁴ Mais le droit canadien, comme français, réprime les abus sexuels de manière générale, comme nous l'avons déjà exposé dans nos développements précédents. *Supra*, p. 57.

⁴⁰⁵ FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 81 et 82 : il s'agit d'une notion psychiatrique. CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *Mondialisation et incitation à consommer*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 10.

⁴⁰⁶ Carole BOUQUET (dir.), *La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants : pour une stratégie française*, Rapport de propositions présenté au ministre de la famille et de l'enfance et le ministre délégué au tourisme, Paris, Ministère de la famille et de l'enfance et Ministère délégué au tourisme, 2004, p. 40; Voir la définition de l'Association Américaine de Psychiatrie (<<http://www.psych.org>>, (consulté le 23 sept. 2009)); Voir : M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 3.

⁴⁰⁷ *Id.*, M. JORET-BOHE : « il convient plutôt de définir la pédophilie comme le comportement d'adultes éprouvant une attirance sexuelle envers des individus légalement considérés comme des enfants. Par leurs comportements, ces adultes contribuent à la production et au développement du marché de la pornographie infantile ».

⁴⁰⁸ C. BOUQUET (dir.), préc., note 406, p. 40. Cela rejoint le projet de loi canadien sur l'augmentation de l'âge du consentement sexuel qui veut imposer cette même limite de différence d'âge de cinq ans.

mineurs très tôt et durant toute leur vie, contrairement au second, qui s'attachent plus au mineur personnellement et qui considèrent, en générale, qu'il est plus âgé⁴⁰⁹.

Toutefois, il faut préciser que toutes les personnes qui regardent de la pédopornographie ne sont pas nécessairement des pédophiles. Il est clair que le terme « pédophilie » est utilisé de manière exagérée⁴¹⁰. En effet, il est possible de voir employer ce terme dans des affaires qui ne sont pas de la pédophilie telle que définie. Or, dès que la personne accusée porte l'étiquette de « pédophile », de nombreuses conséquences négatives viennent s'y greffer, telles que le rejet de la société et de la famille, la perte d'emploi et parfois même le suicide⁴¹¹; la pression sociale devenant trop forte. Il est donc important de bien les différencier « car en amalgamant les deux aspects, on conduit à une diabolisation du réseau et, de plus, les solutions proposées ne sont pas adaptées »⁴¹². D'ailleurs, nous pouvons nous demander si cette diabolisation d'Internet n'a pas déjà commencé. Par conséquent, toute la pédopornographie présente, notamment sur le réseau Internet, n'est pas nécessairement de la pédophilie. Il en va de même pour l'inceste.

2) L'inceste

Cette infraction amène à faire une distinction importante entre le droit canadien et français. En effet, dans ce dernier système juridique, l'inceste n'est pas à proprement parlé incriminé. D'ailleurs, le terme n'est à aucun moment employé dans le *Code pénal français*. Ce texte érige en infraction le fait pour un majeur d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur lorsqu'il représente, pour ce dernier, un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime⁴¹³. Autrement dit, seules les activités sexuelles entre une personne ascendante ayant l'autorité parentale sur le mineur et ce dernier font

⁴⁰⁹ *Id.*, propos du docteur CORDIER.

⁴¹⁰ « Les relations sexuelles entre un homme de 17 ans et une jeune fille de 13 ans sont parfaitement autorisées, mais les mêmes relations entre un homme de 18 ans et une jeune fille de 14 ans sont frappées du sceau de l'infamie pédophile. Le message du législateur est faiblement lisible, d'autant que l'abus du terme non juridique de « pédophilie », qui devrait être réservé à la sexualité avec les enfants et non les adolescents, brouille tout » (J.-F. CHASSAING, préc., note 190, p. 86).

⁴¹¹ Voir : Vincent MAGOS (dir.), *Procès Dutroux: penser l'émotion*, Bruxelles, Coordination de l'aide aux victimes de maltraitance, Ministère de la Communauté française, 2004; en ligne: <<http://www.cfwb.be/maltraitance/code/penser.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴¹² A. DEVILLARD, préc., note 400.

⁴¹³ C.pén., art. 227-26 et 227-27.

l'objet d'une infraction⁴¹⁴. Ne sont alors pas visées les relations sexuelles avec une personne majeure. Par conséquent, il ne s'agit que d'une protection relative contre l'inceste qui reste, visiblement, un tabou sexuel pour le législateur français en la sanctionnant seulement comme une forme particulière d'abus d'autorité⁴¹⁵. En effet, il ne faut pas oublier que l'autorité parentale disparaît à la majorité civile, à savoir dix-huit ans, ainsi que cette incrimination qui est érigée en circonstance aggravante⁴¹⁶. Toutefois, une proposition de loi souhaite remédier à cette lacune en insérant dans le *Code pénal* le terme « inceste »⁴¹⁷, ce qui permettra de se calquer sur le droit canadien et ainsi mieux protéger les mineurs. Cette proposition de loi prévoit différents cas pouvant être incestueux en incriminant toutes agressions et atteintes sexuelles « commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »⁴¹⁸. Ce texte rejoint clairement les dispositions canadiennes en étant, toutefois, plus large, mais en restant toujours applicable que pour les personnes mineures.

En effet, le *Code criminel canadien* fait expressément référence au terme « inceste » dans son article 155. Il énonce que « commet un inceste quiconque, sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa sœur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils ou sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne ». Ces dispositions s'appliquent également pour les demi-frères et les demi-sœurs⁴¹⁹. Contrairement au droit français, l'infraction ne s'applique pas qu'aux mineurs. Il s'agit de toutes relations sexuelles entre personnes de même sang à des rangs familiaux différents. Toutefois, des lacunes sont à mettre en exergue. En effet, d'après les juges, « l'inceste nécessite une pénétration quelconque entre une personne du sexe

⁴¹⁴ « [L]'inceste dont Sade a fait l'apologie n'est punissable que lorsqu'il se commet entre ascendants et descendants mineurs ou non émancipés par le mariage » (CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303).

⁴¹⁵ Danièle MAYER, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », dans J. CHEVALLIER, préc., note 296, à la page 57; Jacqueline POUSSON, « Morales sexuelles familiales et traditions juridiques », dans KRYNEN Jacques (dir.), *Le droit saisi par la Morale*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005, p. 139, aux pages 163-165.

⁴¹⁶ C.pén., art. 227-26, 227-27, 222-24, 222-28 et 222-30.

⁴¹⁷ *Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes*, Assemblée Nationale, n°1538, 13^{ème} législature, 18 mars 2009, procédure accélérée par le gouvernement le 1^{er} avril 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1538.asp>>.

⁴¹⁸ *Id.*, art. 1^{er}.

⁴¹⁹ C.crim., art. 155 (4).

masculin et une personne du sexe féminin, reliées par les liens du sang. Par conséquent, un père ne peut commettre cette infraction à l'égard de son fils »⁴²⁰. Le champ d'application de ce texte est donc limité. Autrement dit, les autres rapports sexuels qui impliquent un père et un fils ou un petit-fils avec son grand-père ne sont pas visés par ces dispositions qui ne se réfèrent qu'à un cas précis, à savoir la pénétration du sexe féminin par le sexe masculin. Il en va différemment en droit pénal français, puisque le législateur ne fait pas cette distinction. En effet, une personne de sexe masculin qui entretient un rapport sexuel avec un mineur de sexe masculin, lui-même, sera punie au même titre que les personnes de sexe féminin⁴²¹.

Comme pour la pédophilie, l'inceste entretient certains liens avec la pédopornographie⁴²². Il permet la commission de cette dernière infraction lorsqu'elle est fixée sur n'importe quel support et par n'importe quel moyen. Par conséquent, l'inceste et la pédophilie sont en relation, puisque « l'inceste fait effectivement partie de la pédophilie »⁴²³. En effet, le « pédophile peut limiter son activité à ses propres enfants, à ses petits-enfants ou à ses parents proches »⁴²⁴. Néanmoins, tous les actes pédophiles ne sont pas nécessairement de l'inceste qui se limite à la sphère familiale⁴²⁵. Il ne faut donc pas les confondre. Dans tous les cas, l'inceste et la pédophilie, lorsque certaines conditions sont remplies, peuvent être de la pédopornographie qui est souvent le résultat d'un abus sexuel⁴²⁶.

⁴²⁰ *Ritter c. Lagacé*, J.E. 90-270 (C.S.)

⁴²¹ C.cass.crim., 11 juin 1992, *Bull.crim.*, n°228; RCS 1993.781, obs. Levasseur.

⁴²² Par exemple: C.cass.crim., 30 nov. 1994, *Bull.crim.*, n°389. Il s'agit de l'attentat à la pudeur sur mineur de quinze ans par une personne ayant autorité, incitation de mineur à la débauche et prise de photographies pornographiques d'une personne mineure.

⁴²³ Définition de l'Association Américaine de Psychiatrie (préc., note 406) dans FONDATION SCELLES (préc., note 54, p. 39 et 40).

⁴²⁴ *Id.*, p. 40.

⁴²⁵ *Id.* : Donne les raisons qui permettent de différencier l'inceste de la pédophilie.

⁴²⁶ D'ailleurs, le professeur KEMPE, fondateur de la Société internationale pour la protection des enfants abusés ou maltraités, prend en compte la pédophilie, mais également tous les types d'abus sexuels. Il énonce que « la participation d'un enfant ou d'un adolescent mineur à des activités sexuelles qu'il n'est pas en mesure de comprendre, qui sont inappropriées à son âge et à son développement psycho-sexuel, qu'il subit sous la contrainte par violence ou par séduction, ou qui transgressent les tabous sociaux concernant les rôles familiaux » (ÉCOLE DES SCIENCES CRIMINOLOGIQUES LÉON CORNIL, *La pédophilie : Approche pluridisciplinaire*, Actes du colloque organisé par l'école des sciences criminologiques Léon Cornil de la Faculté de Droit de l'U.L.B. et le centre de recherche-action et de consultations en sexo-criminologie (C.R.A.S.C.), 12 et 13 janvier 1995, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1998, p. 19).

II. L'annonce d'une harmonisation

Comme pour le terme « mineur » et « pornographie », la pédopornographie ne possède pas de définition commune, même si similaire. En effet, les pays ont tendance à ne pas partager les mêmes conceptions sur la sexualité et son approche. C'est ainsi qu'il est relativement difficile de trouver un compromis adéquat pour lutter de manière efficace contre ces contenus illicites. Toutefois, il est possible de trouver des définitions de la pédopornographie dans de nombreux textes internationaux ou nationaux, ce qui prouve la volonté de remédier au problème qui s'est amplifié avec l'arrivée du réseau Internet. Les pays, notamment le Canada et la France, ont accepté d'abandonner une part de leur souveraineté au profit de la protection des mineurs afin de mettre en place une coopération plus efficace. Certaines règles communes ont donc été dégagées (A), mais il reste malheureusement encore de nombreux points de désaccords (B).

A) Les règles communes

Il existe une multitude de définitions selon les pays et les organismes qui reprennent de manière générale certains points. Nous prendrons comme définition de base, celle contenue dans la *Convention sur la cybercriminalité*⁴²⁷ puisque le Canada et la France l'ont signée et qu'elle impose aux États signataires de traduire dans leur ordre interne ses dispositions⁴²⁸.

Ce texte définit la pédopornographie, dans son article 9, de la façon suivante :

« 2. Aux fins du paragraphe 1 ci-dessus, la « pornographie enfantine » comprend toute matière pornographique représentant de manière visuelle :

- a. un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite;
- b. une personne qui apparaît comme un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite;
- c. des images réalistes représentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite. »

Il est évident que les termes qui sont au cœur de cette définition sont « comportement sexuellement explicite » et « mineur ». Autrement dit, « pornographie » et « mineur » composent la pédopornographie. La définition donnée par l'article 2 c) du *Protocole facultatif à la Convention internationale aux droits de l'enfant concernant la vente*

⁴²⁷ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

⁴²⁸ M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 27.

*d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*⁴²⁹ reprend quasiment les mêmes termes, mais elle est plus précise dans ce qu'il faut entendre par pédopornographie. En effet, ce texte à vocation répressive considère que c'est « toute représentation, par quelque moyen que ce soit, d'un enfant s'adonnant à des activités sexuelles explicites, réelles ou simulées, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant, à des fins principalement sexuelles ». Par conséquent, la pédopornographie comprend aussi bien les « activités sexuelles explicites », ce qui se rapproche de l'expression « comportements sexuellement explicites », mais également les représentations suggestives d'organes sexuels d'une personne de moins de dix-huit ans. Cette distinction est également visible dans les définitions données par Interpol⁴³⁰, l'article 163.1 (1) du C.crim.⁴³¹, l'article 20 de la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*⁴³² et l'article premier de la *Décision-cadre du 2004/68/JAI*⁴³³ qui s'est inspirée du *Protocole facultatif à la Convention internationale aux droits de l'enfant*. En effet, tous font la différence entre, d'une part, les « comportements sexuels explicites » ou « l'activité sexuelle explicite » et, d'autre part, les « organes sexuels ». En effet, comme nous l'avons précisé, un simple nu n'est pas considéré comme de la pornographie, car ce n'est pas un comportement sexuel explicite, sauf lorsqu'il présente un caractère lascif ou suggestif, il peut devenir pornographique. C'est pour cette raison que la distinction a été mise en place pour préciser le champ d'application de l'incrimination. Toutefois, ce type d'image évoque souvent un comportement sexuel du simple fait qu'elle est lascive ou suggestive.

⁴²⁹ *Protocole facultatif à la Convention internationale aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, préc., note 394.

⁴³⁰ « Représentation visuelle de l'exploitation sexuelle d'un enfant, qui met l'accent sur le comportement sexuel de l'enfant ou sur des organes génitaux » (en ligne : <www.interpol.int>); T. PANEPINTO, préc., note 55, p. 20; M.A. HEALY, préc., note 55, p. 2; M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 15.

⁴³¹ « 1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas : a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée ou non par des moyens mécaniques ou électroniques : (...) (ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans ».

⁴³² « 2 Aux fins du présent article, l'expression « pornographie enfantine » désigne tout matériel représentant de manière visuelle un enfant se livrant à un comportement sexuellement explicite, réel ou simulé, ou toute représentation des organes sexuels d'un enfant à des fins principalement sexuelles » (préc., note 392).

⁴³³ « [T]out matériel pornographique représentant de manière visuelle : i) un enfant réel participant à un comportement sexuellement explicite ou s'y livrant, y compris l'exhibition lascive des parties génitales ou de la région pubienne d'un enfant » (*Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87).

En outre, il paraît y avoir une certaine entente sur le choix des personnes qui peuvent en être victime. En effet, la *Convention sur la cybercriminalité*⁴³⁴ concerne aussi bien les personnes mineures que celles qui apparaissent comme telles. Cela rejoint le dernier alinéa de l'article 227-23 du C.pén. qui reprend cette distinction⁴³⁵ inspirée de la *Décision-cadre du 2004/68/JAI*⁴³⁶, ainsi que l'article 163.1 (1) du C.crim. explicité par l'arrêt *R. c. Sharpe*⁴³⁷. C'est ainsi que la pédopornographie est, de manière générale, de la pornographie, c'est-à-dire tout comportement sexuellement explicite, impliquant des mineurs, soit, en principe, toute personne de moins de dix-huit ans⁴³⁸ ou qui paraissent comme telle. Il s'agit d'une définition large qui amorce l'harmonisation des droits nationaux.

Toutefois, le droit canadien, dans sa définition de la pédopornographie à l'article 163.1 (1) du C.crim., met l'accent sur les actes à incriminés⁴³⁹ et s'avère encore plus précis dans le matériel à incriminer. En effet, est considéré également comme de la pédopornographie, « 2. la représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 163.1 (1)a) (ii)) »⁴⁴⁰. Pour en rajouter, la pédopornographie comprend les activités sexuelles explicites et les organes sexuels, mais aussi la région anale d'un mineur. Le droit canadien se révèle plus détaillé que les autres définitions. Ce caractère s'explique notamment par le biais de la tradition juridique à laquelle est soumise le Canada. En effet, la première raison qui limite l'entente entre les pays est cette dichotomie entre les pays de *common law* et civilistes. C'est pour cette raison que la définition du *Code criminel canadien* est plus détaillée et précise que celle des textes européens ou internationaux.

⁴³⁴ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

⁴³⁵ « Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ».

⁴³⁶ « ii) une personne réelle qui paraît être un enfant participant ou se livrant au comportement visé au point i), ou iii) des images réalistes d'un enfant qui n'existe pas participant ou se livrant au comportement visé au point i) » (*Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 1^{er}).

⁴³⁷ « 1. la représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite (sous-al. 163.1(1)a)(i)) » (*R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 35 et 36) ».

⁴³⁸ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al.3 : « Aux fins du paragraphe 2 ci-dessus, le terme « mineur » désigne toute personne âgée de moins de 18 ans ».

⁴³⁹ Nous étudierons les actes incriminés plus loin dans notre développement (*Infra*, p. 216).

⁴⁴⁰ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 36.

En outre, le terme « personne » contenu dans les dispositions de l'article 163.1 (1) du C.crim. a été interprété par les juges dans l'arrêt *R. c. Sharpe*⁴⁴¹. Ils ont considérés que le mot faisait référence aussi bien aux personnes réelles que virtuelles, créées par images de synthèse⁴⁴². En effet, les nouvelles technologies permettent la création ou la modification des images qui peuvent amener un certain réalisme. Ces images de synthèses ont vu le jour grâce à l'informatique ce qui a engendré de nouveaux comportements criminels. Le droit a alors dû le prendre en compte. Il en va de même pour la France qui, dans son article 227-23 du C.pén. par l'emploi des notions d'« image » et de « représentation d'un mineur », englobe ces deux types de matériel⁴⁴³. C'est ainsi que la pédopornographie, pour le droit canadien et français, est l'image ou la représentation de tous comportements sexuellement explicites impliquant une personne mineure ou représentée comme telle ou la représentation de ses organes sexuels ainsi que de sa région anale de manière sexuelle. Néanmoins, il faut apporter une précision, qui est, que tous les pays ne se sont pas accordés sur cette incrimination des personnes, aussi bien réelles que virtuelles. En effet, il existe encore quelques désaccords.

B) Les points de désaccords

La *Convention sur la cybercriminalité*⁴⁴⁴ et pareillement, la *Décision-cadre du 2004/68/JAI*⁴⁴⁵ et la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*⁴⁴⁶, même si elles ont pour vocation d'harmoniser les droits nationaux, possèdent de nombreuses réserves qui viennent limiter son application. En effet, il est laissé aux États la liberté de choisir s'ils veulent ou non appliquer toutes les

⁴⁴¹ *Id.*

⁴⁴² *Id.*, § 39.

⁴⁴³ TGI Paris, réf., 2 juil. 2007, *UDAF de l'Ardèche et autre c. Linden Research et autres*, *Comm.com.électr.* sept. 2007, n°9, comm. 111, A. Lepage, en ligne : <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1960>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass.crim., 12 sept. 2007, (déc. 2007) n°12 *Droit pénal*, comm.152, M. Véron; (2008) 12 *Recueil Dalloz* 827, comm. D. Lefranc; art. 12 bis et 12 ter relatif à la diffusion d'une image à caractère pédophile dans le rapport de Charles JOLIBOIS, *Rapport n°265 - Projet de loi adopté avec modifications par l'assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration général, 1997/1998, Sénat, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/197-265/197-265.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴⁴⁴ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

⁴⁴⁵ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 1^{er}.

⁴⁴⁶ *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392, art. 20, al. 3 et 4.

dispositions relatives à la pédopornographie⁴⁴⁷. Les multiples dérogations limitent considérablement la valeur de ces textes⁴⁴⁸. C'est ainsi que l'utilisation de personnes virtuelles peut faire partie des exclusions de responsabilité. En effet, les États sont libres d'incriminer ou non cette forme de pédopornographie⁴⁴⁹, même si les textes européens mettent certaines conditions pour l'exclure⁴⁵⁰.

En outre, il est permis aux États d'exclure de la responsabilité pénale les personnes réelles qui paraissent être des mineurs, mais qui sont en réalité des personnes âgées de dix-huit ans ou plus à la date de la représentation⁴⁵¹. La France a, d'ailleurs, utilisé cette réserve dans son article 227-23, dernier alinéa du C.pén.⁴⁵². Comme nous l'avons déjà signalé, il existe également une dérogation en ce qui concerne l'âge des personnes mineures protégées qui peut varier entre seize et dix-huit ans⁴⁵³.

⁴⁴⁷ *Id.*, art. 3, al. 2 : « Un État membre peut exclure de la responsabilité pénale les comportements ayant trait à la pédopornographie : a) visée à l'article 1er, point b) ii), dans lesquels la personne réelle qui paraît être un enfant a en réalité dix-huit ans ou plus à la date de la représentation ; b) visée à l'article 1er, point b) i) et ii), dans lesquels, s'agissant de production et de détention, des images d'enfants ayant atteint la majorité sexuelle sont produites et détenues avec leur accord et uniquement pour leur usage privé. Même lorsque l'existence d'un consentement a été établi, il ne sera pas reconnu comme valable, si, par exemple, l'auteur de l'infraction a profité de son âge plus avancé, de sa maturité, de sa position, de son statut, de son expérience ou de l'état de dépendance dans lequel se trouvait la victime à son égard pour obtenir ce consentement ; c) visée à l'article 1er, point b) iii), dans lesquels il est établi que le matériel pornographique est produit et détenu par le producteur uniquement pour son usage privé, dans la mesure où aucun matériel pédopornographique visé à l'article 1er, point b) i) et ii), n'a été utilisé aux fins de la production, et à condition que cette action ne comporte aucun risque de diffusion du matériel » ; « Une partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, les paragraphes 1, alinéa d. et e, et 2, alinéas b. et c » (*Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al. 4) ; « Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1.a et e à la production et à la possession : – de matériel pornographique constitué exclusivement de représentations simulées ou d'images réalistes d'un enfant qui n'existe pas ; – de matériel pornographique impliquant des enfants ayant atteint l'âge fixé en application de l'article 18, paragraphe 2, lorsque ces images sont produites et détenues par ceux-ci, avec leur accord et uniquement pour leur usage privé. 4 Chaque Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, le paragraphe 1.f » (*Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392, art. 20).

⁴⁴⁸ Voir : É.WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 81-83.

⁴⁴⁹ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al. 4 ; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 11.

⁴⁵⁰ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 3, al. 2 c) ; *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392, art. 20, al. 3.

⁴⁵¹ *Id.*, art. 3, al. 2 a) et *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al. 4.

⁴⁵² « Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ».

⁴⁵³ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9, al. 3. Voir : *Supra*, note 38.

De plus, il faut préciser que les dispositions de la *Convention sur la cybercriminalité*⁴⁵⁴ ne s'appliquent qu'en ce qui concerne le matériel visuel, contrairement au droit canadien qui incrimine aussi bien la pédopornographie sur support visuel que non visuel⁴⁵⁵. Le droit français ne fait pas référence explicitement à ce matériel dans l'article 227-23 du C.pén. En effet, ce sont d'autres dispositions qui viennent contrecarrer cette lacune. C'est ainsi que les écrits, voire les enregistrements sonores, comportant de la pornographie mettant en scène des mineurs sont sanctionnés, par exemple, par la *Loi du 29 juillet 1881 sur la presse*⁴⁵⁶, par la *Loi relative aux publications destinées à la jeunesse*⁴⁵⁷ et par l'article 227-24 du C.pén.⁴⁵⁸. Ces textes permettent d'interdire les écrits qui pourraient avoir une influence néfaste sur le développement de la personne mineure et de faire l'apologie de certaines infractions pénales⁴⁵⁹.

Enfin, la *Décision-cadre du 2004/68/JAI*⁴⁶⁰, dans son article 3 al. 2 b), et l'article 20 al. 3 de la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*⁴⁶¹, permettent aux États membres d'exclure également de la responsabilité pénale le matériel pédopornographique qui met en scène des personnes mineures ayant l'âge de la majorité sexuelle et consentantes, lorsque ce dernier est conservé pour un usage uniquement privé. Nous verrons, plus en détail, que l'arrêt *R. c. Sharpe*⁴⁶² a érigé cette dérogation pour valider l'article 163.1 (4) du C.crim.⁴⁶³ et que le droit français n'a pas

⁴⁵⁴ *Id.*

⁴⁵⁵ C.crim., art. 163.1 (1): il incrimine aussi bien les représentations que les écrits et les enregistrements sonores.

⁴⁵⁶ *Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881*, en ligne : Legifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleLegi>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴⁵⁷ *Loi n°49-956 du 16 juillet 1949*, préc., note 375; Voir : E. DREYER, préc., note 311, p. 413-420.

⁴⁵⁸ Ce texte permet de réprimer « par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». C'est ainsi qu'il n'y a aucune différence entre la nature des supports, le délit est susceptible d'être constitué par la seule existence d'un message pornographique dans un journal (CA Paris, 14 déc. 1994, *Dr. Pénal* 1995.90 (1^{re} esp.), obs. Véron).

⁴⁵⁹ Il est interdit de faire l'apologie des crimes portant atteinte volontaire à la vie, à l'intégrité de la personne et des agressions sexuelles qui est suivie d'effet ou non (*Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881*, préc., note 456, art. 23 et 24, al.3).

⁴⁶⁰ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87.

⁴⁶¹ *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392.

⁴⁶² *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁴⁶³ « Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable : a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, la peine minimale étant de quarante-cinq jours; b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatorze jours ».

appliqué cette réserve dans son droit interne grâce aux modifications, toutes récentes, de l'article 227-23 du C.pén.⁴⁶⁴.

La notion de « pornographie » est un concept social à contenu variable qui évolue dans le temps et dans l'espace, comme pour la notion du « mineur ». Ce terme, sans définition légale, repose sur des éléments irrationnels gouvernés par le fantasmatique ou la déraison. En effet, chaque pays a sa vision de la sexualité qui est plus ou moins libérale, puisqu'elle repose sur des conceptions morales et culturelles différentes. Cela pose donc un sérieux problème dans une optique de droit international. Il est évident qu'il faudrait un minimum de points communs pour savoir lorsque nous sommes ou non en présence d'une image à caractère pornographique avec un mineur. Est-ce que toute photographie, même érotique avec un mineur, serait-elle qualifiée de « pornographique »? À première vue, la réponse est positive. Or, de nombreuses publicités mettent en avant le corps du mineur pour faire vendre divers produits et certaines des poses utilisées peuvent parfois engendrer certains problèmes d'interprétations, car elles se trouvent à la limite du suggestif, voire du pornographique⁴⁶⁵. C'est pour cette raison que nous avons décidé de donner un sens au terme « pornographie » de manière descriptive. En effet, nous n'allons pas tenir compte de cette fâcheuse tendance à tout classer et catégoriser de notre société actuelle, puisque cela ne fait que rendre le système juridique complexe, mais surtout que ces catégories sont souvent le fruit de l'arbitraire⁴⁶⁶.

La pornographie est, par conséquent, un comportement sexuellement explicite, qui comprend l'activité sexuelle et les organes sexuels, et qui se déroule dans un contexte à dominance sexuelle. Elle n'est donc pas, *a priori*, illégale tant qu'elle respecte certaines

⁴⁶⁴ *Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*, J.O. 6 mars 2007, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009) ; *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, J.O. 7 mars 2007, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁴⁶⁵ FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *La consultation habituelle d'images pédopornographiques sanctionnée pénalement*, 12 juil. 2007, en ligne: <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/actualites/la-consultation-habituelle-d-images-pedo-pornographiques-sanctionnee-penalement.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); C. BRISSET, préc., note 369, p. 38 et 39; Raphaël DRAÏ, « La banalisation des objets de scandale: variation sur la notion variable de bonnes mœurs », dans J. CHEVALLIER, préc., note 296, p. 127, aux pages 138-140.

⁴⁶⁶ « [L]a volonté de définir (« obscénité », « érotisme », « pornographie », etc.) et de classer selon les genres (classé « X », « porno-hard », « porno-soft », « érotique », « charme », etc.) ou selon les âges (« tous publics », « moins de 10 ans », « moins de 12 ans », « moins de 18 ans », etc.) est, semble-t-il, quasi obsessionnelle aujourd'hui, les résultats restant plutôt arbitraire » (R. OGIEN, préc., note 225, p. 33).

conditions. En effet, la pornographie devient réprimandable lorsqu'elle met en scène des comportements violents ou dégradants pour la personne humaine, mais également lorsqu'elle exploite des personnes vulnérables, comme les mineurs. Ces derniers sont à protéger contre la diffusion de ces contenus qui sont jugés inadaptés pour leur niveau de maturité. C'est ainsi que la pornographie représente les activités sexuelles et, ce qui est répréhensible, n'est pas le fait que ces comportements soient sexuels, mais qu'ils viennent porter atteinte à l'intégrité physique et psychique de la personne humaine, comme n'importe quelle autre violence incriminée par les textes de loi⁴⁶⁷.

La pédopornographie est incriminée du seul fait qu'elle exploite des personnes jugées vulnérables par les législateurs canadiens et français. Comme pour le mot « pornographique », celui-ci n'est pas très clair et précis ce qui peut poser certains problèmes en droit criminel qui, en principe, est gouverné par le principe de la légalité des délits. Toutefois, les pays semblent avoir trouvé dans la lutte contre la pédopornographie, un point de ralliement. Il ne s'agit, malheureusement, que d'une prémisse, puisque de nombreuses réserves sont laissées à la discrétion des États qui les utilisent. Il s'avère donc difficile d'unifier les différents droits, malgré une certaine volonté universelle de protéger les mineurs. En effet, cette protection implique nécessairement une certaine perte de liberté au profit de l'ordre public, et plus spécialement, de la liberté sexuelle. Cette conciliation entre « ordre public » et « liberté » a toujours été l'enjeu de tout législateur qui doit établir l'équilibre entre les deux. Toutefois, lorsqu'il est question de sexualité, une vague de moralité a tendance à surgir et venir restreindre les différentes libertés. Or, ces interdictions mises en place ne sont, en fait, que de la morale sexuelle déguisée sous le couvert notamment de la notion de « préjudice ».

⁴⁶⁷ L'auteur Jean-Cassien BILLIER suggère de renoncer au statut d'exception de la sexualité en mettant en avant des questions plus cruciales, comme éviter de nuire à autrui, l'absence de cruauté et de nier ou de rendre impossible le consentement d'autrui (« Quelle différence y a-t-il entre une partie de jambes en l'air et un match de tennis? » (mars 2007) 7 *Philosophie* 42-43).

TITRE 2 LA CONCILIATION DE L'ORDRE PUBLIC AVEC LES LIBERTÉS : UNE MORALE SEXUELLE DÉGUISEE

La conciliation entre l'ordre public et les libertés est un problème récurrent dans toutes les sociétés actuelles. En effet, il est difficile d'instaurer un équilibre qui satisfasse tout le monde, surtout qu'il existe de nombreuses libertés, comme le respect de l'autonomie de la personne, les libertés d'aller et venir et les libertés de la pensée⁴⁶⁸. Il y a depuis l'avènement des nouvelles technologies de l'information, un certain engouement pour les libertés, même si le droit n'a pas laissé de vide juridique dans ces nouveaux médias. C'est alors qu'un déséquilibre est apparu avec quelques changements non négligeables. L'ordre public ne possède pas de définition précise comme la plupart des « grandes » notions qui, pourtant, sont centrales dans le système juridique⁴⁶⁹. De manière générale, il « recouvre le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique »⁴⁷⁰. Il est composé, d'une part, de l'ordre public de direction, et d'autre part, de l'ordre public de protection. Dans le premier, les règles s'imposent de manière impérative à la société en protégeant les intérêts collectifs, alors que dans le second, il ne s'intéresse qu'aux intérêts particuliers d'un individu ou d'un groupe d'individus au sein de la société⁴⁷¹. C'est ainsi que l'ordre public de protection prend de plus en plus de place en raison des droits subjectifs qui connaissent un certain essor dans nos sociétés modernes, notamment dans le domaine sexuel. En effet, les intérêts privés, matérialisés par la liberté sexuelle, représentent les nouvelles préoccupations

⁴⁶⁸ En France : *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 57; *Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946.5077.html>>, (consulté le 23 sept. 2009) *Constitution du 4 octobre 1958*, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009). Au Canada : *Canada Human Rights Act*, 1976-77, c. 33; *Charte canadienne*, préc., note 52. Au Québec : *Charte québécoise*, préc., note 103.

⁴⁶⁹ CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Libertés et ordre public, Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, 8ème séminaire des cours constitutionnelles, Erevan, 2 au 5 oct. 2003, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2.

⁴⁷⁰ *Id.*

⁴⁷¹ Voir : Gérard CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 2007, p. 632; B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 8 et suiv.; Patrick WACHSMANN, *Libertés publiques*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 56-61; Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX, *L'ordre public – étude comparée interne*, Paris, PUF, 2001 : il existe plusieurs formes d'ordre public. Le premier est un ordre de limitation des libertés, le deuxième est un ordre de protection des libertés et enfin, le dernier est un ordre de fondation de valeurs qui permet de garantir la paix sociale et qui recherche une harmonie sociale.

contemporaines que revendiquent les individus. Cette nouvelle tendance est inévitablement accentuée par les nouvelles technologies de l'information, comme le réseau Internet, qui permettent de développer de nouvelles formes de sexualité (Chapitre 1). En outre, depuis quelques années, la « protection des mineurs », ordre public de protection, commence à prendre plus d'ampleur au détriment de l'ordre public de direction qui connaît un certain déclin⁴⁷². La protection des personnes mineures renferme une part importante d'émotivité lorsqu'elle est appliquée à la réglementation d'Internet et encore plus, lorsqu'il s'agit de contrôler la sexualité de cette partie de la population où la moralité devient très présente. Pourtant, la tendance actuelle est à renier cette morale qui imprègne incontestablement le droit criminel. Cet ordre public de protection vient limiter systématiquement les libertés individuelles et, peu importe la mise en balance, cette protection des mineurs semble être une raison justifiée et raisonnable pour les juges et les législateurs canadiens et français. Il existe, par conséquent, certaines entraves aux libertés individuelles, notamment à l'égard des adolescents, qui parfois peuvent poser quelques difficultés avec cet objectif principal de conciliation entre l'ordre public et les libertés (Chapitre 2).

⁴⁷² L'auteur Jean HAUSER (« Rapport de synthèse », dans O. DUBOS et J.-P. MARGUENAUD (dir.), préc., note 256, p. 154) parle de mort de l'ordre public de direction.

Chapitre 1: Le déclin de l'ordre public de direction au profit d'un nouvel ordre public moral

Face à l'évolution des pays démocratiques laïcs, dont la tendance est le rejet de toutes les valeurs religieuses, le législateur a préféré mettre en exergue certaines notions soi-disant plus neutres. Or, elles reflètent, dans tous les cas, les valeurs morales d'une société à une époque donnée et dans un lieu donné. C'est ainsi que la liberté, l'égalité et la dignité sont devenues les termes « piliers » des systèmes juridiques actuels⁴⁷³. Ils cohabitent et s'interpénètrent. Toutefois, « ce chevauchement n'est pas toujours harmonieux et il est source de paradoxes »⁴⁷⁴. En effet, « il est souvent à l'origine de normes contradictoires et incohérences reflétant des logiques et des morales distinctes non seulement entre les droits mais aussi au sein d'un même ordre juridique »⁴⁷⁵. Toutefois, ces droits fondamentaux représentent le tronc commun des divers pays et plus spécialement, la notion de « dignité de la personne humaine ». En effet, cette dernière est affirmée aussi bien dans les pays de *common law* que dans ceux de tradition civiliste. D'ailleurs, un parallèle peut être effectué entre, d'une part, l'ordre public, et d'autre part, la dignité. Même si la « dignité de la personne humaine » reste d'ordre public du fait de son caractère à valeur constitutionnelle, des nuances doivent néanmoins être apportées⁴⁷⁶. Certains parlent d'ambiguïté entre ces deux termes⁴⁷⁷. En effet, le terme d'« ordre public » semble connaître un certain déclin au profit de celui de « dignité » qui est employé actuellement pour tout et n'importe quoi⁴⁷⁸. Une certaine concurrence peut s'entrevoir, notamment avec l'avènement, depuis déjà quelques années, de l'expression de « dignité de la personne humaine » (Section 1). En outre, même si la morale connaît un certain rejet dans nos sociétés actuelles, il est pourtant

⁴⁷³ D'ailleurs, certains considèrent que « la dignité, (...) est synonyme de démocratie et/ou de liberté » (Jean Jacques SUEUR, « Médias et dignité de la personne : éléments d'une problématique », dans Philippe PEDROT (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne : Mélanges Christian Bolze*, Paris, Économica, 1999, p. 65, à la page 67).

⁴⁷⁴ J. POUSSON, préc., note 415, p. 140.

⁴⁷⁵ *Id.*

⁴⁷⁶ « En revanche, [il] n'englobe pas, comme en matière administrative, « la dignité de la personne humaine » » (CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Libertés et ordre public*, préc., note 469). Or, pour certains, cette dernière est d'ordre public et peut se confondre avec. « Il est fréquent que la dignité soit abordée par le biais de l'existence d'un devoir d'ordre public de respect de la dignité » (B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 132 et suiv.).

⁴⁷⁷ « L'ambiguïté est également inhérente à d'autres notions de base comme l'ordre public (...) susceptible d'interprétation contradictoire » (J. POUSSON, préc., note 415, p. 160).

⁴⁷⁸ « La dignité est mise au service d'une multiplicité de causes, de manière non différenciée et non exclusive » (Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ, « Analyses », dans Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, Droit et Justice, PUF, 2005, p. 231, à la page 245).

clair qu'elle est encore très présente dans nos systèmes juridiques, notamment lorsqu'il s'agit de mineur et de sexualité et, qu'elle se traduit par le biais de la traditionnelle « moralité publique » (Section 2).

Section1: La notion concurrente de « dignité de la personne humaine »

L'expression de « dignité de la personne humaine » représente une notion moderne, pourtant utilisée depuis des siècles. En effet, les Grecs de l'Antiquité se référaient à cette dernière par le vocable « dignitas » qui signifiait la « qualité attachée à un rang ou une fonction officielle »⁴⁷⁹. En d'autres termes, il s'agissait d'un titre honorifique, « comme élévation de condition sans salaire ».⁴⁸⁰ Contrairement à la notion contemporaine qui tend vers l'élaboration d'un droit au respect de la dignité de la personne humaine⁴⁸¹ ainsi qu'un devoir d'ordre public de respect de la dignité d'autrui⁴⁸², elle s'applique ainsi à tous, peu importe la considération du rang social. Elle représente le nouveau concept des sociétés actuelles qui, en manque de repères, se rattachent à ce terme pour éviter certaines dérives, comme les troubles suscités par la seconde guerre mondiale ou par la biotechnologie⁴⁸³. Toutefois, la doctrine est unanime, il s'agit d'une notion vague, voire floue, qui ne possède aucune définition précise. Elle renvoie à des exigences philosophiques, juridiques, éthiques,

⁴⁷⁹ C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Introduction », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), préc., note 478 p. 17, à la page 24; B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295 p. 125; Philippe PEDROT, « Avant-Propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire? », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. XI, à la page IX-XII; CA Versailles, 8 mars 2006, *Marie-Paule X. c. Éducation nationale*, *Comm.com.électr.* fév. 2007, n°2, comm.30, A. Lepage : « l'activité de modèle pour pose photographique à connotation pornographique portait atteinte à la considération du corps des professeurs de lycée professionnel et à la dignité de la fonction enseignante »; Stamatios TZITZIS, *La personne, l'humanisme, le droit*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2001, p. 19.

⁴⁸⁰ Emmanuel KANT, *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Librairie de LADRANGE, 1837, p. 194 et 195.

⁴⁸¹ « La dignité serait donc un attribut de la personnalité à la disposition de son titulaire, et dont toute appropriation non consentie pourrait être automatiquement sanctionnée. Cette conception de la dignité dérange. Il est choquant d'affirmer que le droit protège la liberté d'avoir un comportement contraire à sa propre dignité. Néanmoins, cette hypothèse correspond bien à certaines références à la dignité en vigueur dans le droit positif. Elle ne se comprend qu'à la condition de retenir une définition minimale de la dignité » (B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 127-132).

⁴⁸² *Id.*, p. 132-136 : « La grande majorité des infractions peut être sanctionnée même si la victime directe du comportement prohibé ne porte pas plainte. En effet, le droit pénal protège tant l'intérêt de la victime que l'intérêt de la société. Aussi, la dignité n'est pas appréhendée comme une qualité dont le titulaire peut librement disposer. La loi pose une conception normative de la dignité. Ce mode de protection est radicalement différent du régime d'un droit de la personnalité. Le titulaire d'un éventuel droit au respect de la dignité ne peut pas exercer de liberté sur celle-ci ».

⁴⁸³ Marie-Luce PAVIA et Thierry REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Études juridiques, Paris, Economica, 1999, p. 3-5; Voir : P. PEDROT (dir.), préc., note 473.

voire socio-politiques⁴⁸⁴. Comme pour la pornographie, tout le monde sait à quoi correspond la dignité, sans pour autant savoir ce qu'elle représente réellement de manière concrète. Il s'agit ainsi d'une notion évolutive par son essence⁴⁸⁵. Chacun a sa vision de ce terme qui revêt plusieurs sens. Autrement dit, la dignité est une notion polysémique qui, incontestablement, produit des impacts non négligeables sur le droit canadien et français (I). En outre, elle entraîne certains paradoxes, notamment en ce qui concerne la liberté sexuelle, qui peut aussi bien être protégée au nom de la dignité de la personne humaine, mais également en être limitée par ce même principe (II).

I. L'utilisation d'une notion polysémique en droit criminel

La « dignité de la personne humaine » représente un concept à teneur variable, alors que le droit criminel est régi par le principe de l'interprétation stricte de la loi pénale qui impose la précision des termes utilisés pour éviter le jugement discrétionnaire des juges. Or, la définition de cette notion est laissée à l'appréciation des tribunaux qui doivent en déterminer la substance. Par conséquent, il existe un risque de voir les « conceptions morales de la magistrature »⁴⁸⁶, et donc subjectives, se refléter dans la signification de ce terme. Celui-ci s'inscrit dans une analyse axiologique qui représente la valeur à protéger⁴⁸⁷. Il comporte une certaine part d'arbitraire et d'aléa, puisqu'il va à l'encontre du principe de la légalité du droit en raison de ce caractère polymorphe qui peut parfois dérouter. D'ailleurs, ce critère est-il vraiment nécessaire, surtout que le nouveau *Code pénal français* se voulait plus clair et cohérent? Dans tous les cas, le principe de la dignité de la personne humaine est apparu tranquillement, puis s'est affirmé au fur et à mesure dans les systèmes juridiques de manière plus ou moins marquée (A). En outre, il est possible de dégager, à partir des décisions rendues et de la doctrine, deux sortes de dignités calquées sur la notion d'ordre public (B).

⁴⁸⁴ *Id.*, P. PEDROT (dir.), propos de Jean-Louis BAUDOUIN, p. IX; Claire NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage juridique d'une notion philosophique », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. 39.

⁴⁸⁵ *Id.*, P. PEDROT (dir.), p. X. Comme pour la pornographie, il existe une pléthore de vocables pour désigner cette dignité, telle que la dignité de la personne humaine, la dignité de l'être humain, la dignité humaine, voire la dignité de la personne. Là encore, ces différents vocables montrent la difficulté d'appréhender de manière claire ce terme.

⁴⁸⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., note 122, p. 225.

⁴⁸⁷ P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. X; S. TZITZIS, préc., note 479, p. 36.

A) L'affirmation du principe de la dignité de la personne humaine : vers un changement de paradigme

Le principe de la dignité de la personne humaine a fait son chemin même s'il n'a pas été, dans un premier temps, clairement énoncé en droit. Ce terme ancien a une valeur philosophique qui n'est pas négligeable, mais également religieuse, ce qui lui confère une certaine coloration morale. D'ailleurs, elle est dictée par la traditionnelle « moralité publique » qui s'inscrit dans une optique identique, voire plus moralisatrice à certains égards (1). Ensuite, aux fils du temps, le droit international a commencé à intégrer cette notion sans pour autant y faire référence clairement. En effet, seuls les traitements dégradants et déshumanisants sont évoqués, ce qui paraît plus compréhensible et concret que la notion obscure de dignité. Toutefois, avec l'expansion des droits de l'homme, le principe de la dignité de la personne humaine va prendre une place essentielle dans les textes internationaux, même si la référence reste implicite et qu'aucune définition n'est fournie (2).

1) Une apparition timide : un concept à coloration morale

La notion de « dignité de la personne humaine » est avant toute chose philosophique et morale⁴⁸⁸. En effet, il s'agit d'un terme complexe qui revêt de nombreuses significations qui peuvent se contredire ou s'entremêler⁴⁸⁹. D'ailleurs, elles traduisent essentiellement le caractère moraliste et métaphysique de la personne⁴⁹⁰. Les philosophes du siècle des Lumières considèrent que le principe de dignité repose sur un postulat téléologique. D'ailleurs, Kant l'expose parfaitement. Il affirme que « la dignité repose sur l'autonomie du sujet, c'est-à-dire sur sa volonté morale en tant qu'elle est législatrice universelle et s'impose elle-même à tous les hommes. Dès lors, la personne ne doit jamais être traitée

⁴⁸⁸ C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 39; « Au fond, la définition de la dignité qui me paraît la plus juste, c'est sa définition étymologique et première qui date de 1050. La dignité, c'est ce qui convient (avant d'être ce qui est convenable) par rapport à une situation donnée. La dignité, c'est ce qui est « juste » par rapport à une situation donnée. La notion de dignité ou d'indignité paraît relever autant de la psychologie que de la morale. (...) C'est le sentiment d'être en accord avec nous-mêmes dans notre attitude vis-à-vis de l'autre (le partenaire) et des autres (notre conjoint, nos parents, nos enfants, etc.). Il est subjectif et individuel » (Alain HOUZIAUX, « L'activité sexuelle est-elle indigne ? », dans Alain HOUZIAUX (dir.), *La liberté sexuelle jusqu'où?*, Paris, Les Éd. de l'atelier/Les éd. Ouvrières, 2005, p. 11 à 29, à la page 28).

⁴⁸⁹ D'ailleurs, la dignité « est mise au service d'une multiplicité de cause, de manière non différenciée et non exclusive » (C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, préc., note 478, p. 245).

⁴⁹⁰ R. OGIEN, préc., note 225, p. 116.

seulement comme un moyen, au même titre que la chose, mais en même temps comme une fin de soi »⁴⁹¹. Autrement dit, l'homme doit agir de telle sorte qu'il traite l'humanité aussi bien en sa personne que dans la personne d'autrui comme une fin et jamais comme un moyen⁴⁹². C'est ainsi que pour Kant, « [l]a morale, y compris dans l'activité sexuelle, repose sur le respect de la dignité humaine »⁴⁹³. En effet, il s'agit de ne pas utiliser l'autre en le transformant en un objet de plaisir⁴⁹⁴. Cette réification aurait pour conséquence de dégrader la personne, puisqu'elle passe du rang de personne à celle de chose⁴⁹⁵. Par conséquent, la qualité d'homme ne doit en aucune manière être réduite à celle de chose car cela le dénaturerait en tant qu'être humain. Le but est donc celui de protéger la personne dans sa valeur d'être humain contre toutes actions qui pourraient le traiter de manière différente et aller à l'encontre de cette qualité. C'est ainsi que les personnes ne peuvent nullement faire l'objet de transaction, contrairement aux choses, « parce qu'elles sont uniques et ne peuvent être remplacées par rien »⁴⁹⁶.

La dignité permet ainsi de distinguer les hommes des choses et, ainsi qualifier la personne d'être humain. Le droit naturel réapparaît par le biais de cette notion de « dignité » du point

⁴⁹¹ Jean-François MATTÉI, « L'égnime de la dignité ou le principe d'Antigone », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. 3, à la page 5; Michelle GOBERT, « Le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine : Rapport de synthèse », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), préc., note 483, p. 159, à la page 162.

⁴⁹² Emmanuel KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, Paris, Gallimard, pléiade, 1985, p. 294 et 295.

⁴⁹³ *Philosophie* (mars 2007) n°7, p. 40; François BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine », dans P. PEDROT (dir), préc., note 473, p. 29, à la page 33; E. KANT, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, préc., note 492, p. 113 : « Or la moralité est la condition qui seule peut faire qu'un être raisonnable est une fin en soi; car il n'est possible que par elle d'être un membre législateur dans le règne des fins. La moralité, ainsi que l'humanité, en tant qu'elle est capable de moralité, c'est donc là ce qui seul a de la dignité ». KANT, « fait donc reposer la morale sur le respect de la personne morale et sur le respect de la personne humaine ». Le philosophe PROUDHON fait reposer le principe de dignité comme base de la morale. En effet, « il voit aussi, dans le respect de la personne humaine, la source de tous les droits et de tous les devoirs, mais ce respect, il le conçoit comme un sentiment, non comme une idée a priori; il le fait dériver de l'expérience, non de la raison pure » (Louis Edmond PETTITI, « La dignité de la personne humaine en droit européen », dans P. PEDROT (dir), préc., note 473, p. 53, à la page 54).

⁴⁹⁴ Saint-Augustin énonce la même chose. En effet, pour lui, ce qui constitue un péché est le fait de traiter l'autre comme un objet en raison de motivation charnelle personnelle.

⁴⁹⁵ Philippe PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », dans P. PEDROT (dir), préc., note 473, p. 51, aux pages 60-64.

⁴⁹⁶ Roberto ANDORNO, *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?*, Rubrique éthique, mars 2005, en ligne : <<http://www.contrepontphilosophique.ch>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3. Il s'agit donc de la non-instrumentalisation de l'être humain, puisque cela serait contraire à la dignité de la personne humaine. Emmanuel KANT l'énonce de manière très explicite dans son ouvrage *Fondements de la métaphysique des mœurs* (préc., note 492, p. 112 et 113), « dans le règne des fins, tout a un prix ou une dignité. Ce qui a un prix peut être aussi bien remplacé par quelque chose d'autre, à titre d'équivalent; au contraire, ce qui est supérieur à tout prix, ce qui par suite n'admet pas d'équivalent, c'est ce qui a une dignité ».

de vue de la religion judéo-chrétienne⁴⁹⁷. L'aspect moral de la notion se manifeste de manière plus évidente. En effet, la personne devient la « valeur absolue, substantielle que l'être humain ne peut pas perdre »⁴⁹⁸. Elle est donc essentielle à protéger contre toutes sortes de traitements pouvant dégrader un tant soi peu la dignité de la personne humaine⁴⁹⁹. D'ailleurs, l'essor de ce terme met en exergue le passage de la modernité à celui de la postmodernité dans le domaine juridique. Le *Code pénal français* de 1994 en est une bonne illustration en mettant la personne en haut de la pyramide des valeurs, comme le *Code criminel canadien*.

Selon la religion, l'homme devient la créature privilégiée que Dieu a mise sur terre à son image⁵⁰⁰. Il représente donc la créature fondamentale de l'humanité telle que Dieu souhaitait qu'elle soit. C'est ainsi que le droit, devenu pourtant laïc, reprend cette idée sous forme de « dignité de la personne humaine ». En effet, cette dernière est venue simplement remplacer Dieu, autrefois au centre, par l'homme sous forme de personne. Une certaine valeur téléologique et ontologique est présente. L'aspect religieux a été effacé au profit d'une notion soi-disant plus neutre et objective de la « dignité de la personne humaine » qui représente le postulat ontologique d'où découlent les droits de l'homme. Le droit actuel s'inscrit dans un humanisme important où la personne est centrale, par le biais notamment de cette notion de « dignité ».

Par conséquent, il y a une sacralisation et une unité du corps de l'être humain, idée chère aux traditions gréco-romaine et judéo-chrétienne⁵⁰¹. En effet, il ne faut pas oublier que le

⁴⁹⁷ « L'incontestable consécration de la dignité humaine signe un retour éclatant du droit naturel. Le droit naturel présuppose un droit idéal, donnée naturelle strictement objective, antérieure et supérieure à toute construction humaine » (C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 45).

⁴⁹⁸ *Id.*, p. 40.

⁴⁹⁹ *Id.* : « Ainsi le philosophe affirme que « notre dignité est antérieure à notre conscience, à notre liberté, à toutes nos qualités ». Elle participe à l'essence même de l'être humain et est, pour cette raison, inaltérable quels que soient ses actes ou ses conditions de vie ».

⁵⁰⁰ M. GOBERT, préc., note 491, p. 161.

⁵⁰¹ « On enseigne traditionnellement que le corps humain est indisponible en raison du caractère « sacré » de la personne humaine et de ses attributs essentiels » (François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil : les obligations*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 1996, p. 222 et 223). Le christianisme serait une religion du corps (Jean-Paul II parlait de « théologie du corps ») où ce dernier serait l'essence même de Dieu (Yves SEMEN, *La Théologie du corps de Jean-Paul II*, 2005, en ligne : <<http://www.djp.ch/amour-vrai/yves-semen-theologie-du-corps.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 1 et 2). Il en va de même pour les religions musulmanes et bouddhiste (Madjid BENCHIKI, « La dignité de la personne humaine en droit international », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), préc., note 483, p. 37, à la page 37).

corps représente le réceptacle de l'âme, donc la demeure qui abrite l'esprit divin⁵⁰². Le sacré est dans l'être humain ce qui lui confère une protection hors du commun, qui s'exprime désormais par le biais de la dignité. En effet, nous changeons de paradigme en passant du « corps sacré » à la « personne sacrée », édifiée par le concept de dignité. Cette dernière, notion philosophique, a été par la suite récupérée par les juristes qui l'ont adaptée aux différents problèmes contemporains avec plus ou moins de logique⁵⁰³. C'est ainsi qu'il est possible de démanteler ce corps sacré et unique dans une optique humanitaire. Autrement dit, la personne est libre de disposer de son corps comme bon lui semble selon certaines conditions, notamment celle du respect de la dignité de la personne humaine pris d'une manière moins absolue que précédemment. En effet, le terme « dignité » est pris dans un sens plus étroit, à savoir celui du « respect de soi et de l'autre »⁵⁰⁴. Nous sommes donc passés d'une conception téléologique à une conception humanitaire. En d'autres termes, il y a plus de sacralisation du corps mais l'acceptation du démantèlement de ce dernier, puisque chacun de nous peut disposer selon sa volonté de son corps. C'est pour cette raison que le suicide est accepté car chacun de nous est propriétaire de son corps⁵⁰⁵. Mais aussi, cette autre vision de la « dignité » peut entraîner un certain retour de l'ordre moral⁵⁰⁶. En effet, au nom de la dignité, certains spectacles ou autres activités ne seront pas admis du fait de cette absence de respect de soi ou de l'autre dans sa dignité. Une décision célèbre en droit français l'illustre très bien. En effet, le Conseil d'État a jugé qu'il était inadmissible d'« utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée

⁵⁰² *Id.*, Y. SEMEN, p. 2; PLATON, *La République*, éd. Georges Leroux, Paris, GF Flammarion, 2002, IX, 589^e; Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, Paris, Éd. du Cerf, 1984-1986, I, q.93, a.7.

⁵⁰³ C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 41 : « La dignité devenue juridique n'a plus rien à voir avec la notion philosophique : elle s'est affadie et l'usage qu'on en fait est contestable ».

⁵⁰⁴ *Id.*, p. 40 et 41. En effet, la dignité humaine entraîne qu'« aucune activité menaçant le bien-être physique d'autrui ne saurait être tolérée dans une société civilisée » (COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution au Canada*, préc., note 275, p. 8).

⁵⁰⁵ D'ailleurs, John LOCKE énonce clairement dans son ouvrage *Le Traité du gouvernement civil (Traité du gouvernement civil (1690))*, traduction française de David Mazel, Reprod. de: Londres, 5e éd, coll. Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques, 1728, en ligne : <http://classiques.ugac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouver_civil.html>, § 27, (consulté le 23 sept. 2009)), que chacun de nous est propriétaire de son corps : « Bien que la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent en commun à tous les hommes, chaque homme est cependant propriétaire de sa propre personne. Aucun autre que lui-même ne possède un droit sur elle, le travail de son corps et l'ouvrage de ses mains lui appartiennent en propre. Il mêle son travail à tout ce qu'il fait sortir de l'état dans lequel la nature l'a laissé, et y joint quelque chose qui est sien. Par là, il en fait sa propriété. Cette chose étant extraite par lui de l'état commun où la nature l'avait mise, son travail lui ajoute quelque chose, qui exclut le droit commun des autres hommes ».

⁵⁰⁶ Xavier BIOY, « Dignité et responsabilité, Genèse d'une rencontre entre éthique et droit », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), préc., note 478, p. 191, à la page 192.

comme telle; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine »⁵⁰⁷. C'est ainsi que le spectacle de « lancer de nain » a été interdit même si les personnes projetées étaient consentantes, puisque le traitement qu'elles subissaient suffisait pour porter atteinte à la dignité de la personne humaine. Il s'agit donc d'un principe absolu auquel il est impossible de déroger. Ce critère de la dignité représente ainsi un moyen de censure important et moins controversé que celui de la moralité alors qu'il est pourtant imprégné de cette dernière. Il est préféré puisqu'il possède un caractère soi-disant plus universel et objectif que celui de la moralité, qui conserve une certaine connotation religieuse. Or, la dignité est un concept qui « fait référence à une morale philosophique et religieuse »⁵⁰⁸. Il s'agit donc juste d'un esthétisme du langage.

Le critère de la dignité n'est pas aussi objectif que le législateur ou les juges semblent bien vouloir le laisser croire. En effet, certains « éléments subjectifs, c'est-à-dire à partir de la manière dont l'intéressé ressent ce traitement »⁵⁰⁹, sont susceptibles d'être employés pour déterminer l'atteinte à la dignité de la personne humaine. Autrement dit, « la dignité humaine est réduite à une question d'images narcissiques et dépend de notre tolérance ou de notre complaisance. Il n'est plus question ici de la dignité, concept philosophique qui affirme que chaque être humain est une fin en soi »⁵¹⁰. La morale est inévitablement présente dans le concept de « dignité » selon le sens qui lui est attribué. C'est ainsi que les juges, en raison de l'imprécision de la notion, peuvent introduire certains jugements de valeurs. La subjectivité des juges est donc présente ce qui peut engendrer certains risques dans une société libre et démocratique⁵¹¹. En effet, cette notion, centrale en droit pénal, permet de censurer des contenus ou autres qui seraient contraires à la morale, voire aux bonnes mœurs ou à la décence⁵¹². Finalement, il n'y a eu qu'un simple changement notable

⁵⁰⁷ CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge (lancer de nain)*, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁵⁰⁸ François OST et Michel Van de KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », dans J. CHEVALLIER, préc., note 298, à la page 111.

⁵⁰⁹ C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 46.

⁵¹⁰ *Id.*, p. 47; X. BIOY, préc., note 506: « Or, plus que de la morale, c'est-à-dire de règles de conduite et de normalisation des comportements, la question de la dignité rapportée au sujet de droit révèle une tout autre dimension : celle de l'ordre éthique ».

⁵¹¹ B. COSSMAN, préc., note 287, p. 193 et 194; *contra* : Claudine LEGARDINIER, *Les trafics du sexe : femmes et enfants marchandises*, Toulouse, Éd. Les essentiels Milan, 2002, p. 50.

⁵¹² B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 125 et suiv.; J. POUSSON, préc., note 415, p. 169 : « Antérieurement on citait aussi les bonnes mœurs, l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes »; « Les concepts « d'atteintes à la dignité humaine » et de « pornographie », spécialement visés par la loi (...) correspondent au dernier état de la jurisprudence sur l'outrage aux bonnes mœurs, qui

de paradigme puisque la censure fondée sur la moralité reste toujours présente en droit, malgré le rejet de ce dernier terme.

En outre, les juristes ne sont pas tous d'accord sur la valeur à donner à cette notion de « dignité de la personne humaine ». En effet, pour certains, il s'agit, soit d'un principe général de droit, soit d'un principe matriciel⁵¹³, soit d'une composante de l'ordre public⁵¹⁴ ou soit d'un principe à valeur constitutionnelle⁵¹⁵. Dans tous les cas, il s'agit d'un terme qui possède une place primordiale dans la hiérarchie des valeurs. D'ailleurs certains vont jusqu'à lui accorder la place de valeur des valeurs⁵¹⁶, voire de point de départ de tous les autres droits fondamentaux et notamment celui de l'État de droit⁵¹⁷. Il est clair que ce terme de « dignité de la personne humaine » représente un principe constitutionnel en droit français et canadien, ce qui lui confère une place de choix dans la hiérarchie des normes. Nul ne peut y déroger. De plus, la dignité renvoie à la nature même de l'homme ce qui lui donne cette valeur suprême, voire de principe matriciel qui revêt *a priori* plus d'une référence symbolique que d'un principe juridique en tant que tel⁵¹⁸.

sanctionnait essentiellement à ce titre la représentation de violences et de perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine, conduisant à un avilissement systématique, voire monstrueux, de l'individu »; TGI Paris, 17^e ch., 12 juin 1997, *Légipresse*, n°148.III.5.

⁵¹³ R. ANDORNO, préc., note 496, p. 3; Jean-François SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. 339, à la page 359.

⁵¹⁴ CE, 27 oct. 1995, préc., note 507.

⁵¹⁵ C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 43-45; J.J. SUEUR, préc., note 473, p. 66; J. POUSSON, préc., note 415, p. 150.

⁵¹⁶ P. PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », préc., note 495, p. 59; S. TZITZIS, préc., note 479, p. 34 : « Les droits fondamentaux témoignent plutôt du fonds de valeurs propres à l'homme qui composent sa dignité. Par elle, l'être humain acquiert son statut privilégié dans l'être ; par elle, il dépasse la condition de sa transparence existentielle ».

⁵¹⁷ *Id.*, P. PEDROT, p. 64 : « Elle constitue donc « la pierre philosophale », le principe d'intelligibilité des droits fondamentaux »; J.J. SUEUR, préc., note 473, p. 67 : « La dignité, pour le dire autrement, est synonyme de démocratie et/ou de liberté »; Stéphane RETTERER, « Le concept de dignité en droit communautaire : du droit positif au droit prospectif », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. 87, aux pages 102 et 103; C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, préc., note 478, p. 249.

⁵¹⁸ Agathe LEPAGE et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », dans Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, *Les droits et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 613, à la page 646. Pour certains, il s'agit d'une formule vide (Michela MARZANO et Alain MILON, « Le corps transgressé : du consentement au souci de soi », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, aux pages 107 et 108).

2) Le lien avec les droits de l'homme : l'interdiction de dégrader et déshumaniser la personne humaine

La notion de « dignité de la personne humaine » revêt plusieurs sens qui ont des finalités différentes. Il s'agit, de ce fait, d'un terme « fourre tout à usage multiple », voire d'une notion englobante qui démontre toute sa complexité d'approche⁵¹⁹. Toutefois, le droit international s'y est rapidement référé, notamment à la suite de certains événements qui demandaient la mise en exergue des droits de l'homme de manière significative. C'est ainsi que la notion de « dignité » a fait son apparition dans les systèmes juridiques lors du procès de Nuremberg en novembre 1945⁵²⁰. La seconde guerre mondiale a été l'impulsion pour les droits fondamentaux de l'homme, axiome des démocraties. En effet, l'homme, en tant qu'être humain, représente désormais la valeur à protéger de toutes atteintes notamment contre sa dignité, valeur essentielle de la personne humaine. Il s'agit de sauvegarder l'humanité dans son ensemble telle que le préoyaient les philosophes. Cette dernière devient ainsi « une valeur fondamentale, si ce n'est la valeur ultime, que consacre notre société et, au-delà, la civilisation occidentale »⁵²¹. C'est ainsi que la « dignité humaine (...) est très souvent présentée comme fondation, voire comme matrice des droits de l'homme »⁵²². La dignité de la personne humaine correspond, par conséquent, à un « axiome de droit, symbole de référence, postulat de règles et standard flou de comportement »⁵²³.

Malgré l'essor des droits de l'homme, les textes internationaux, voire européens, ne sont pas tous très explicites en ce qui concerne cette notion de « dignité de la personne humaine ». Toutefois, ils l'emploient en filigrane, dans le même sens, de protéger l'homme

⁵¹⁹ M. BENCHIKI, préc., note 501, p. 51.

⁵²⁰ M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), préc., note 483, p. 6; P. PEDROT, « Avant-Propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire? », préc., note 479, p. XIV.

⁵²¹ Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 487 et suiv., n°5; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518; P. PEDROT, « Avant-Propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire? », préc., note 479, p. X. Il s'agit d'une notion d'avenir (C. LEGARDINER, préc., note 228, p. 50). Les valeurs et les principes sous-jacents, comme le respect de la dignité humaine, d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte canadienne* (préc., note 52). (Voir : R. c. *Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46).

⁵²² S. TZITZIS, préc., note 479, p. 35.

⁵²³ P. PEDROT, « Avant-Propos : La dignité de la personne : principe consensuel ou valeur incantatoire? », préc., note 479, p. X; Muriel FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », dans Anne-Marie DILLENS et Bernard VAN MEENEN (dir.), *La dignité aujourd'hui : perspectives philosophiques et théologiques*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 53-84.

contre toutes formes d'atteintes pouvant dégrader sa condition d'être humain constituant l'humanité. Autrement dit, il s'agit d'un principe fondamental qui se rattache à l'être humain, conservant ainsi son sens premier. C'est ainsi qu'il est préféré faire référence au critère de la dégradation et de la déshumanisation de la personne humaine qui est plus concret et moins problématique que la notion philosophique et religieuse de « dignité ». L'exemple le plus frappant est celui de la *Conv.EDH*⁵²⁴. En effet, ce texte ne prévoit, dans aucunes de ses dispositions, de manière claire et précise la protection de la dignité de la personne humaine, à la différence de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*⁵²⁵. C'est l'article 3 du premier texte européen qui est employé pour faire référence à la dignité⁵²⁶. Il énonce que « [n]ul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». L'objectif principal du critère de la dignité semble donc être la protection de la personne humaine « contre toute forme d'asservissement et de dégradation »⁵²⁷, comme nous l'avons exposé dans les comportements sexuellement explicites justifiant la censure juridique. Il s'agit d'une notion protectrice qui permet le respect du corps humain et la primauté de la personne de manière universelle⁵²⁸. Par conséquent, la notion de dignité en droit européen « procéderait à la construction prétorienne d'un principe dont le contenu n'est pas déterminé *a priori* mais qui s'adapte à chaque espèce selon une orientation reflétant quelques caractéristiques en voie de précision »⁵²⁹. Le concept de la dignité est donc en filigrane dans la *Conv.EDH*⁵³⁰ ce qui

⁵²⁴ *Conv.EDH*, préc., note 57.

⁵²⁵ *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2000/C 364/01, J.O.C.E. n°C 364 du 18.12.2000, p. 1-22, 7 décembre 2000, Nice, en ligne : <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), art.1^{er}.

⁵²⁶ Laure JEANNIN, « Le principe de dignité dans l'espace de la Convention européenne des droits de l'homme : la construction prétorienne d'un concept », dans C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), préc., note 478, p. 176, à la page 179; L. E. PETTITI, préc., note 493, p. 55; C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 42; *Tyrer c. Royaume-Uni* (exception préliminaire), n°5856/72, arrêt du 25 avril 1978, série A n°26, en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tyrer&sessionid=30306262&skin=hudoc-fr>, (consulté le 23 sept. 2009) (protection de la personne contre des peines dégradantes et inhumaines : « Ainsi, quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtement, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 (art. 3): la dignité et l'intégrité physique de la personne. On ne saurait davantage exclure que la peine ait entraîné des séquelles psychologiques néfastes » (p. 12 et 13)).

⁵²⁷ C.const., 27 juil. 1994, n°94-343-344, RJC.I.592; D.1995.237, B. Mathieu; D.1995, S.C.299, L. Favoreu; J.C.P.1995.II.22359, R. Debbasch; J.-F. SEUVIC, préc., note 513, p. 360-363.

⁵²⁸ Jean MICHAUD, « Les maîtres-mots d'un texte législatif », dans P. PEDROT (dir.), préc., note 473, p. 103, à la page 104; S. TZITZIS, préc., note 479, p. 28 et 29 : « Désormais, le droit se fonde sur l'intégrité de l'être humain et sur l'inviolabilité de sa personne ».

⁵²⁹ *Id.*, J. MICHAUD, p. 177 et 178.

⁵³⁰ *Conv.EDH*, préc., note 57.

finalement est plus logique, à partir du moment où nous considérons ce dernier comme un axiome du droit et non comme un critère juridique en tant que tel.

Le premier texte international fondamental relatif à la sauvegarde des droits de l'homme, la *Charte des Nations Unies du 26 juin 1945* emploie de manière timide la notion de dignité, mais seulement dans son préambule⁵³¹. En effet, aucune autre référence n'est faite dans le texte ensuite, ce qui laisse supposer que, soit la dignité de la personne humaine est une valeur suprême qui se reflète dans toutes les dispositions de manière implicite, ce qui est le cas dans la *Charte canadienne*⁵³², soit qu'elle « n'est pas encore considérée comme un fondement des droits de l'homme »⁵³³. Il s'agit vraisemblablement de la première supposition. En effet, la *Déclaration universelle des droits de l'homme* du 10 décembre 1948⁵³⁴ expose de manière claire, dès les premières lignes de son préambule et son article premier, cette référence à la dignité⁵³⁵. Il est donc certain que cette dernière représente une notion à valeur absolue qui est au sommet de la pyramide de la hiérarchie des valeurs et que tous les autres droits fondamentaux en découlent, comme le droit à l'égalité, le droit à la liberté, le droit à la sécurité ou le droit à la vie privée⁵³⁶.

⁵³¹ *Charte des Nations Unies du 26 juin 1945*, en ligne : <<http://www.un.org/french/aboutun/charte/txt.html>>, (consulté le 23 sept. 2009) : « Nous, peuples des Nations Unies, résolus (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la dignité de la personne humaine ».

⁵³² *Charte canadienne*, préc., note 52; Henri BRUN et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} éd., Cowansville, Les éd. Yvon Blais, 2002, p. 935; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1995 CanLII 59§ 120 : « Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte* ».

⁵³³ M. BENCHIKI, préc., note 501, p. 38.

⁵³⁴ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 57.

⁵³⁵ « Considérant que la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde », ar.1^{er} : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits ». D'ailleurs, une proposition de loi constitutionnelle a été présentée le 19 juin 2009 *tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1^{er}, alinéa 2, en insérant le respect de la « dignité humaine »*, (Assemblée Nationale, n° 1771, 13^{ème} législature, 19 juin 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1771.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

⁵³⁶ C. GIRARD et S. HENNETTE-VAUCHEZ, préc., note 478, p. 249 et 267; S. TZITZIS, préc., note 479, p. 27 et 28 : « Elle pose la dignité humaine comme fondement, voire matrice des droits subjectifs. (...) [L]a Déclaration des droits de l'homme de 1948 confirme la primauté de la personne et reconnaît la sacralité de la dignité comme valeur des valeurs. (...) Elle est érigée en un droit subjectif, supérieur aux autres droits fondamentaux, en tant que symbole qui garantit l'intégrité de l'essence (l'humanité) et de l'existence de la personne humaine. Elle est considérée comme la mère des droits personnels ».

Le critère de la « dignité de la personne humaine » prend donc toute son importance dans l'élaboration des droits fondamentaux subjectifs, tels que les « droits à »⁵³⁷. C'est ainsi que les droits de l'homme mis en exergue par la dignité permettent la sauvegarde des droits et libertés fondamentales. D'ailleurs, le droit canadien emploie la notion de « dignité humaine » pour surseoir le droit à l'égalité⁵³⁸, mais également le droit à la sécurité et à la liberté⁵³⁹. Tous ces droits sont en principe protégés par des textes à valeur constitutionnelle. En France, ils sont garantis par la *Déclaration des droits de l'homme de 1789*⁵⁴⁰, alors qu'au Canada ils le sont par la *Charte canadienne et québécoise*⁵⁴¹. Le législateur, dans les deux cas, doit établir une certaine conciliation entre le respect de la dignité de la personne humaine et les libertés assujetties à chaque être humain. En effet, les droits subjectifs sont en pleine expansion. La personne est devenue le pilier des systèmes juridiques, depuis déjà quelques années, ce qui entraîne une certaine « valorisation extrême de l'individu »⁵⁴². Pourtant, le critère de la « dignité » sert à justifier un cas et son contraire, ce qui engendre inévitablement certaines dérives juridiques. C'est ainsi que

« la montée en puissance des droits, droit de disposer de son corps, de modifier son identité sexuelle, de maîtriser sa descendance, de mourir dans la dignité, renforcée par les possibilités qu'offre la technoscience risque d'être lourde de menaces pour l'avenir. Réification du corps humain, perte de sens de la destinée humaine, transformation d'une médecine de soins au profit d'une médecine de bien-être, dislocation du lien social sont les fruits amers que peuvent susciter la conjonction des prouesses techniques et des droits subjectifs. »⁵⁴³

⁵³⁷ *Id.*, S. TZITZIS, p. 73 : « Le droit à représente une exigence humanitaire – obligation morale –, dont pourraient se prévaloir des consciences rebelles. Il s'agit des droits nés en des circonstances particulières par des facteurs qui blessent la sensibilité humaine et affectent la dignité de l'individu ». (italiques tels que dans le texte initial).

⁵³⁸ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 15 : « (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ».

⁵³⁹ *Id.*, art. 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale ».

⁵⁴⁰ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789*, préc., note 57.

⁵⁴¹ *Id.*; *Charte québécoise*, préc., note 103.

⁵⁴² P. PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », préc., note 495, p. 58; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 613-615.

⁵⁴³ *Id.*; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, p. 647 : « Mais surtout qui ne voit les abus que peut engendrer en matière d'euthanasie une référence mal maîtrisée à la dignité? ». En effet, selon la conception donnée à la dignité, l'euthanasie peut être banalisée et donc la vie également; S. TZITZIS, préc., note 479, p. 31 : « la dignité humaine devient un « outil » pour la constitution d'un ordre public moral qui peut s'opposer à l'exercice d'autres droits fondamentaux comme le droit au travail ou la liberté du commerce. Elle peut bel et bien contredire l'esprit des droits de l'homme qui consiste dans la possibilité d'exercer les libertés fondamentales (qui relève du fonds ontologique de l'homme en tant qu'homme) comme la libre disposition de son corps ».

Le critère de la « dignité » peut ainsi être à double tranchant même s'il semble que son but ultime est la préservation de la personne humaine contre les traitements dégradants et déshumanisants, notamment contenus dans la pornographie⁵⁴⁴. Mais là encore, il s'agit de notions larges qui peuvent comprendre un large panel de comportements considérés comme mauvais, voire immoraux. Néanmoins, ces termes restent plus concret et plus précis que celui qui est relatif à la dignité, qui reste un axiome du droit. Or, la notion de « dignité de la personne humaine » est devenue le critère qui permet de juger si une action est bonne ou mauvaise, ce qui rejoint incontestablement l'ancienne moralité publique⁵⁴⁵. Autrement dit, il convient de savoir si la société est en mesure de considérer tel comportement sexuel comme tolérable à notre époque selon les normes dégagées. Visiblement, nous sommes face à une certaine confusion entre la morale et le droit par l'emploi de ce nouveau critère soi-disant plus objectif.

B) La distinction fondamentale : le parallèle avec l'ordre public

Il est désormais clair que la notion de « dignité de la personne humaine » revêt une multitude de signification qui la rend assez vague. Tout d'abord, un lien doit être fait entre l'ordre public et la dignité. En effet, « il est fréquent que la dignité soit absorbée par le biais de l'existence d'un devoir d'ordre public de respect de la dignité »⁵⁴⁶. Comme pour l'ordre public, la dignité peut se scinder en deux, à savoir une dignité de direction et une dignité de protection. C'est ainsi qu'il existe, d'une part, la dignité qui s'impose à tous les êtres humains quels qu'ils soient en protégeant des intérêts collectifs (de direction), et d'autre part, celle qui s'intéresse à la personne prise individuellement et qui protège des intérêts particuliers (de protection). Néanmoins, la dignité possède une valeur supérieure qui lui confère un caractère particulier en droit. Il est donc plus judicieux de nommer différemment

⁵⁴⁴ En effet, les juges de l'arrêt *R. c. Butler* (préc., note 280, p. 454 et 455) énoncent clairement que la pornographie est légale sauf si les choses sexuelles explicites comportent de la violence, sont dégradantes ou déshumanisantes et comportent la participation d'enfants.

⁵⁴⁵ « À cet égard, on peut formuler l'hypothèse que la notion de bonnes mœurs serait aujourd'hui remplacée, au moins en partie, par la très récente notion juridique de dignité de la personne humaine, comme si la dignité constituait le nouveau référent moral dont le droit positif avait besoin. La notion de dignité de la personne humaine reflète en réalité toute l'ambiguïté du malaise que vit le monde contemporain à l'égard de la morale » (B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 123); Jean DANET, « Atteinte à la dignité, pénalisation et prostitution » dans Jean DANET et Véronique GUIENNE (dir.), *Action publique et prostitution*, Rennes, PUR, 2006, p. 51-62, aux pages 58 et 59 : « C'est donc bien au travers de la notion d'atteinte à la dignité (...) que se déploie un nouvel ordre public corporel ».

⁵⁴⁶ *Id.*, B. LAVAUD-LEGENDRE, p. 132.

ces deux dignités⁵⁴⁷. D'ailleurs, il est possible de dégager deux types de dignité à travers notre exposé. Par conséquent, nous étudierons, en premier lieu, la dignité universelle, celle qui s'attache à chaque être humain sans distinction (1), et en second lieu, la dignité personnelle qui repose sur les caractères spécifiques de chaque individu (2).

1) La dignité universelle : une protection objective

La dignité universelle reprend les termes de la dignité dans son sens premier, à savoir l'être humain dans sa dimension fondamentale d'appartenance à la communauté des espèces humaines. Elle est souvent en filigrane dans les textes juridiques, comme le *Code pénal français*⁵⁴⁸ ou la *Charte canadienne*⁵⁴⁹. Elle se réfère ainsi à l'humanité toute entière. En effet, elle s'impose à l'homme qui possède une dignité du simple fait d'être un humain⁵⁵⁰. Elle est universelle et indisponible ce qui justifie la restriction aux libertés individuelles. Elle renvoie à l'intérêt public et au bien commun de l'humanité. L'homme ne peut pas en disposer de manière individuelle car elle relève de la collectivité. Elle est d'ordre public et

⁵⁴⁷ L'auteur Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE dans son ouvrage « *Où sont passées les bonnes mœurs ?* » (*Id.*, p. 137) distingue deux dignités : la dignité actée et la dignité fondamentale. Pour cette dernière, elle énonce que « [l]a dignité fondamentale, à la différence de la dignité protégée par un droit de la personnalité, est soustraite à l'emprise des volontés particulières pour être soumise à la détermination d'une autorité normative ». Les auteurs Charlotte GIRARD et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ proposent trois approches de la notion de dignité. « La première approche « en fait une caractéristique attachée à une institution ». (...) Une seconde approche fait de la dignité « une qualité attachée à la personne humaine ». (...) La troisième fait de la dignité une qualité attachée à l'humanité » (préc., note 478, p. 24-27). Voir : J. DANET, « Atteinte à la dignité, pénalisation et prostitution », préc., note 545, p. 54. L'auteur Claudine LEGARDINER (préc., note 228, p. 50), quant à elle, pense que la « notion de dignité ne retient pas à des appréciations subjectives et des intérêts particuliers ». D'autres auteurs opposent, par contre, la dignité inhérente à la dignité éthique. La première est « une notion *statique*, puisque elle revient à tout être humain du seul fait de son existence et indépendamment des qualités morales de l'individu en question », alors que la seconde « est une notion *dynamique*, car elle ne s'applique pas à l'être de la personne, mais à son *agir*, et permet d'affirmer, par exemple, qu'un homme honnête a « plus de dignité » qu'un cambrioleur » (R. ANDORNO, préc., note 496, p. 2). L'auteur Stamatios TZITZIS (préc., note 479, p. 36-38) distingue, pour sa part, la dignité existentielle, qui « assure l'irréductibilité de la personne en tant qu'être humain », de la dignité personnelle, souvent confondue avec la première, « se rapporte à la condition humaine installée dans un ordre sociopolitique ».

⁵⁴⁸ Il n'y a aucune référence explicite à cette dignité dans le C.pén. Elle est seulement en filigrane dans le texte. (Renée KOERING-JOULIN, « La dignité de la personne humaine en droit pénal », dans M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), préc., note 483, p. 67-84, à la page 68).

⁵⁴⁹ H. BRUN et G. TREMBLAY, préc., note 532, p. 935; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 532.

⁵⁵⁰ « En d'autres termes, la dignité étant une valeur fondamentale commune à tous les hommes (...). Si la personne peut disposer de ses droits et libertés, le respect de la dignité humaine est « un principe dont la personne humaine n'est pas maître, qui s'impose à elle et même (...) qui la protège contre elle-même » (J.-F. SEUVIC, préc., note 513, p. 361).

nul ne peut y déroger par sa seule volonté⁵⁵¹. Il s'agit donc d'une sorte d'ordre public philanthropique⁵⁵². C'est ainsi qu'il en a été jugé dans l'arrêt sur le « lancer de nain »⁵⁵³, puisque les juges ont décidé que cette pratique était contraire à la dignité de la personne humaine dans son sens universaliste. Ce n'est donc pas la dignité du nain qui était remise en cause, mais bien la dignité de la personne humaine prise dans son ensemble; l'image dégradante de l'être humain n'étant pas acceptable pour les juges du Conseil d'État⁵⁵⁴. La simple dénégation de la personne en tant qu'être humain, faisant partie de l'humanité, suffit à sanctionner l'atteinte à la dignité universelle. Une certaine part de morale peut également être visible dans cette décision du Conseil d'État français⁵⁵⁵. En effet, les juges utilisent ce critère de la dignité fondamentale pour imposer une norme de comportement qui, pourtant, ne pose aucun danger pour la liberté d'autrui. Il « s'immisce dans l'ordre individuel en posant une règle de nature morale »⁵⁵⁶ ce qui peut être très dangereux dans une société libre et démocratique et, plus spécialement en ce qui concerne la sexualité.

Visiblement, « la dignité de la personne humaine ne fait que renvoyer le tiers à la moralité de ses actes »⁵⁵⁷. Il existe donc un certain lien entre la morale et la dignité qui permet d'imposer le respect d'une norme de comportement considérée comme moralement tolérable. C'est ainsi que la dignité universelle est une valeur supérieure à la liberté individuelle. Par conséquent, même si le consentement est valide, certaines pratiques sont jugées comme contraire à la dignité de la personne humaine ce qui peut provoquer une limite importante à cette liberté. En d'autres termes, « elle est inhérente à tous les membres de la famille humaine et tout ce qui tend à déshumaniser l'homme – c'est-à-dire à l'exclure

⁵⁵¹ « À la différence de la dignité protégée par un droit de la personnalité, la dignité fondamentale est soustraite à l'emprise des volontés particulières pour être soumise à la détermination d'une autorité normative. Bien plus, elle est dissociée de la protection des intérêts particuliers puisqu'elle sert de critère à la détermination de l'intérêt public » (B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 137).

⁵⁵² D. FENOUILLET, préc., note 521.

⁵⁵³ CE, 27 oct. 1995, préc., note 507; Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 139 et 140.

⁵⁵⁴ *Id.*, CE, 27 oct. 1995 : Le Conseil d'État a considéré que le respect de la dignité de la personne humaine devait être regardé comme une composante de l'ordre public.

⁵⁵⁵ Olivier CAYLA, « Le plaisir de la peine et l'arbitraire pénalisation du plaisir », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, p. 89, à la page 99 : « Le propre d'un raisonnement conduit au nom du principe de dignité de la personne humaine étant ainsi essentiellement, comme l'illustre aussi avec éclat l'arrêt sur le lancer de nain, de justifier l'instauration d'une répression pénale d'une disposition fautive de soi, c'est-à-dire de promouvoir une sorte de droit pénal naturel qui viendrait, au mépris flagrant du principe positiviste de la légalité des peines, condamner des crimes ou des délits par nature ». (italiques tels que dans le texte initial).

⁵⁵⁶ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 142.

⁵⁵⁷ *Id.*, p. 146.

de la communauté des humains – sera considéré comme une atteinte à cette dignité »⁵⁵⁸. La personne ne possède, dans ce cas, aucune autonomie personnelle puisque le critère de dignité s'impose à elle, qu'elle le veuille ou non. En outre, ce critère permet de protéger l'être humain contre certaines investigations étatiques qui peuvent être trop envahissantes pour une personne et ainsi porter atteinte à sa dignité en tant que membre de la communauté des êtres humains. C'est ainsi que « la fouille et la saisie effectuées violent l'intégrité physique d'une personne et peuvent constituer l'atteinte la plus grave à la dignité humaine »⁵⁵⁹ en tant que dignité universelle. En effet, même si la Cour suprême du Canada fait explicitement référence à la dignité personnelle dans sa décision, il s'agit pourtant d'un cas d'espèce qui réduit la personne à celui de chose, ce qui ainsi le dénigre comme membre de la communauté de l'espèce humaine. Il s'agit d'une violation du corps de la personne qui est réduite à celui de chose⁵⁶⁰ et va à l'encontre de la dignité universelle. Il existe donc une certaine confusion entre les différentes dignités qui n'ont pourtant pas les mêmes finalités.

Par conséquent, tous les comportements, sexuels ou non, qui viennent asservir et dégrader la personne humaine constituent une atteinte à la dignité universelle. Autrement dit, « [e]lle conduit à lutter contre tous les comportements substantiellement inhumains. Inhumains en ce qu'ils méconnaissent cette humanité, en traitant des hommes en sous-hommes et en violant les principes de singularité et d'égale appartenance à l'humain »⁵⁶¹. C'est ainsi que le proxénétisme représente une atteinte à cette dignité⁵⁶². En effet, le corps de la personne prostituée est considéré comme une chose sexuelle sans tenir compte de l'être humain en tant que tel⁵⁶³. Le corps se retrouve être un objet ce qui dénature la dignité universelle de la personne humaine et « participe au processus de négation de la dignité de la personne humaine »⁵⁶⁴. C'est pour cette raison que la pornographie peut être considérée comme contraire à cette dignité du simple fait qu'elle réifie la personne, souvent la femme ou les

⁵⁵⁸ M.-L. PAVIA et T. REVET (dir.), préc., note 483, p. 7.

⁵⁵⁹ R. c. *Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; 1997 CanLII 384 (C.S.C.), § 39.

⁵⁶⁰ *Id.*, § 40.

⁵⁶¹ J.-F. SEUVIC, préc., note 513, p. 364.

⁵⁶² Il en va de même pour les infractions suivantes contenues dans le chapitre 5, titre 2, livre 2 du C.pén. : les atteintes au respect dû aux morts (C.pén., art. 225-17), les conditions de travail ou d'hébergement contraires à la dignité (art. 225-13) et les discriminations (art. 225-1).

⁵⁶³ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 133. La personne est représentée « comme un objet aux mains d'autrui » (C. BRISSET, préc., note 369, p. 47).

⁵⁶⁴ *Id.*, B. LAVAUD-LEGENDRE.

mineurs, à un objet de plaisir sans considération pour son être⁵⁶⁵. Poussé à l'extrême, ce critère de la dignité « pourrait alors justifier, par exemple, l'interdiction de toute rémunération des relations sexuelles, des relations sado-masochistes ou encore de la zoophilie. (...) L'intégration de la dignité – qualifiant l'appartenance de l'homme à l'humanité - dans le droit positif est évidemment dangereuse pour les libertés »⁵⁶⁶.

Le critère de la « dignité de la personne humaine » est actuellement, surtout employé dans le domaine des communications, notamment audiovisuelles⁵⁶⁷. En droit français, il est fait référence explicitement à cette dernière dans la *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication* dans son article premier⁵⁶⁸, mais également dans l'article 227-24 C.pén. qui dispose que

⁵⁶⁵ R. OGIEN, préc., note 225, p. 115-121. D'ailleurs, l'auteur discute sur les termes « réifiés » et « objectifiés » par rapport à la pornographie. Il en conclut que cette dernière ne peut réifier ou objectifier la personne.

⁵⁶⁶ *Id.*, p. 153; CA Paris, 2 avril 2002, préc., note 319 (la zoophilie porte gravement atteinte à la dignité humaine).

⁵⁶⁷ CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution du Conseil sur les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur Internet*, adoptée lors du Conseil « Télécommunications », 28 nov. 1996, en ligne : <<http://www2.echo.lu/legal/fr/internet/content/resol.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Recommandation n°98/560/CE du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de la protection des mineurs et de la dignité humaine* J.O.C.E. n°L 270 du 07/10/1998, p. 48-55, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:270:0048:0055:FR:PDF> (consulté le 23 sept. 2009); *Décision n°276/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux*, J.O.C.E. n°L 33 du 06/02/1999, p. 1-11, en ligne : http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/archived/docs/pdf/programmes/decision/IAP_Decision_fr.pdf, (consulté le 23 sept. 2009); *Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communications et d'information)*, 5 sept. 2001, en ligne : <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220791&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁵⁶⁸ *Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, mod. par la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O. 22 juin 2004, n° 143, art.1^{er}, al. 1 et 2 : « La communication au public par voie électronique est libre. L'exercice de cette liberté ne peut être limité que dans la mesure requise, d'une part, par le respect de la dignité de la personne humaine, de la liberté et de la propriété d'autrui, du caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion et, d'autre part, par la protection de l'enfance et de l'adolescence, par la sauvegarde de l'ordre public, par les besoins de la défense nationale, par les exigences de service public, par les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication, ainsi que par la nécessité, pour les services audiovisuels, de développer la production audiovisuelle ». Ces dispositions se retrouvent dans l'article 7 de la *Convention européenne du 15 mars 1989 sur la télévision transfrontière* (5.V.1989, Strasbourg, S.T.E. n°132, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/132.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Voir : CE, 30 août 2006, n°2768 66, *Assoc. Free Dom, Comm.com.électr.* fév. 2007, n°2, comm. 29, A. Lepage.

« [l]e fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. »

À première vue, il semble évident qu'une certaine distinction doit être effectuée entre, d'une part, les messages violents ou pornographiques et, d'autre part, les messages portant atteinte à la dignité de la personne humaine. C'est ainsi que nous pouvons en déduire que les premiers ne sont pas de nature à porter gravement atteinte à la dignité, ce qui permet de dire que la pornographie n'est pas considérée par le législateur français comme étant contraire à la dignité universelle⁵⁶⁹. La prohibition de ces différents contenus marque un certain lien avec l'interdiction des contenus allant à l'encontre de la moralité publique⁵⁷⁰. Toutefois, la formulation de cet article est maladroite puisqu'elle ne condamne que les messages portant gravement atteinte à la dignité universelle de la personne humaine, seulement dans le cas où ils pourraient être vus ou perçus par des mineurs⁵⁷¹. Pourtant, il s'agit de message relatif à la négation de la personne appartenant à la communauté humaine ce qui est donc grave en soi. Le législateur semble s'être plus préoccupé à protéger la moralité des mineurs que véritablement protéger l'être humain dans sa dignité universelle. Dans tous les cas, le caractère constitutionnel de ce principe lui confère une valeur supérieure qui lui permet d'être appliqué par les juges à tout moment en cas de non-respect de ce dernier.

Il en va également de même des messages à caractère pédopornographique incriminé par l'article 227-23 du C.pén. En effet, ce texte prévoit que « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur » est répréhensible, « lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique ». Il n'est donc pas fait expressément référence à la dignité de la personne

⁵⁶⁹ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 159 et 160. L'auteur pense qu'il s'agit nécessairement d'une dignité actée (personnelle) puisque le texte dissocie clairement les différents comportements de celui de la « dignité de la personne humaine » qui renvoie, suite notamment aux travaux parlementaires, à la dignité fondamentale sur le fondement de la négation de l'appartenance de l'être humain à l'humanité. Les comportements contraires à cette dignité seraient donc les humiliations, les injures, les perversions de nature non sexuelle, diffusion de propos racistes, méprisant envers telle ou telle catégorie.

⁵⁷⁰ *Id.*, p. 157.

⁵⁷¹ Daphnée LABOURDIQUE, *La protection des mineurs sur l'Internet : comparaison entre le droit français et le droit américain*, Mémoire de DESS Droit du Multimédia et de l'Informatique, Université Panthéon-Assas - Paris II, 2003, en ligne : <http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/rep_travaux/56_labourdique_daphnee.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 8.

humaine, mais seulement de manière implicite. Effectivement, la dignité universelle est en filigrane dans ces dispositions puisque les messages mettant en scène des mineurs sexuellement méconnaissent ces derniers qui sont considérés comme un moyen sexuel au même titre que le proxénétisme. Toutefois, comme pour les dispositions précédentes, la pédopornographie ne dénature pas nécessairement la personne de l'enfant en tant qu'être humain⁵⁷², mais seulement sa dignité personnelle.

Les choses ne paraissent donc pas très claires, puisqu'il est reconnu que « l'exploitation sexuelle des enfants constitue une violation grave des droits fondamentaux de la personne humaine et notamment de la dignité humaine »⁵⁷³. En effet, l'exploitation sexuelle d'une personne, mineure ou non, constitue une réification de cette dernière ce qui lui retire toute appartenance à l'espèce humaine en tant que telle. C'est ainsi que la traite des êtres humains et l'exploitation sexuelle constituent une violation grave à la dignité universelle de la personne humaine⁵⁷⁴. Il existe inévitablement une certaine confusion entre les deux dignités et surtout entre les deux articles du *Code pénal français*⁵⁷⁵. En effet, les tribunaux considèrent que la pédopornographie porte atteinte à la dignité universelle de la personne mineure selon l'article 227-24 du C.pén., alors que l'article 227-23 ne fait pourtant

⁵⁷² B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 158 : « Or, il n'est pas acquis que les actes pédophiles puissent être qualifiés de comportements non équivoques niant l'humanité des enfants victimes ».

⁵⁷³ Résolution n°A4-0098/97 du Parlement européen du 24 avril 1997 sur la communication de la Commission relative au contenu illégal et préjudiciable sur Internet COM (96)0487-C4-0592/96, J.O.C.E. n°C 150 du 19/05/1997, p. 38, en ligne : http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=318971:cs&lang=fr&list=318219:cs,318971:cs,313905:cs,&pos=2&page=1&nb_l=3&pgs=10&hwords=contenu_illégal~commission~&checktexte=checkbox&visu=#texte, (consulté le 23 sept. 2009); COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information*, Commission européenne, 16 octobre 1996, COM (96) 483 FINAL (non publié au Journal Officiel) dont une synthèse est disponible en ligne : http://europa.eu/legislation_summaries/audiovisual_and_media/l24030_fr.htm, (consulté le 23 sept. 2009).

⁵⁷⁴ Recommandation Rec(2000)11 du Comité des Ministres aux États membres sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, 19 mai 2000, en ligne : [http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF/Rec\(2000\)11_F.pdf](http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF/Rec(2000)11_F.pdf), (consulté le 23 sept. 2009); Décision n°2000/375/JAI du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet, J.O.C.E. n°L 138 du 09/06/2000, p. 1-4, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:138:0001:0004:FR:PDF>, (consulté le 23 sept. 2009); Convention internationale des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, 2 sept. 1949, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, en ligne : http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/33_fr.htm, (consulté le 23 sept. 2009).

⁵⁷⁵ En effet, ces deux textes, les articles 227-23 et 227-24 C.pén., présentent des points communs juridiques et criminologiques importants mais également certaines différences qui ne se justifient pas forcément. Ils veulent ainsi protéger les mineurs de la pornographie afin qu'ils ne soient pas victimes en tant que moyens de l'infraction (art. 227-23) ou en tant que destinataire de l'infraction (art. 227-24).

référence qu'à une dignité personnelle⁵⁷⁶. Il est donc parfois préféré faire référence au premier texte pour incriminer les images de nature pédopornographique⁵⁷⁷. Dans tous les cas, il est désormais clair qu'il est difficile de mettre en exergue les cas relatifs à la seule dignité universelle puisque la dignité personnelle est souvent assimilée à cette dernière⁵⁷⁸. En effet, « il s'agit d'un critère d'application difficile à mettre en œuvre puisqu'il s'agit de concilier l'intérêt individuel et l'intérêt commun car la dignité marque « à la fois la singularité de chaque être et son appartenance à la communauté » »⁵⁷⁹.

2) La dignité personnelle : une protection subjective

La dignité peut aussi être personnelle. L'être humain dispose de cette dernière du seul fait d'être une personne. Concrètement, il s'agit de la protection de l'individu en tant que personne et non plus en tant qu'être appartenant à l'humanité tout entière. Comme pour la dignité universelle, elle s'attache à la personne humaine mais plus comme un attribut de sa personnalité juridique. Il s'agit ainsi d'un droit de la personnalité⁵⁸⁰, un « bien juridique »⁵⁸¹ à protéger. Ce droit subjectif, dégagé par la loi et la jurisprudence⁵⁸², permet de respecter la liberté de chaque individu. En effet, il est reconnu que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde » et « tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité »⁵⁸³. Par conséquent, la dignité personnelle permet la protection des droits subjectifs des individus, comme le droit à l'égalité, à la liberté et à la sécurité.

⁵⁷⁶ COUR DE CASSATION, « Droit pénal spécial », dans *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2005_582/, (consulté le 23 sept. 2009).

⁵⁷⁷ CA Caen, 8 sept. 1999, préc., note 398; C.cass.crim., 12 oct. 2005, *Bull.crim.*, 2005, n°258.

⁵⁷⁸ CA Paris, 28 mai 1996, D.1996, p. 617, obs. B. Edelman. Dans cette affaire, les juges utilisent simultanément la dignité fondamentale et la dignité personnelle pour justifier leur décision.

⁵⁷⁹ P. PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », préc., note 495, p. 64.

⁵⁸⁰ Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 127-136.

⁵⁸¹ J.-F. SEUVIC, préc., note 513, p. 364.

⁵⁸² Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 127-136.

⁵⁸³ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 534, préambule et art. 1^{er}; *Charte québécoise*, préc., note 103, préambule; *Charte des Nations Unies du 26 juin 1945*, préc., note 531.

Ces divers droits garantissent à la personne une certaine part de liberté individuelle qui est protégée au titre de la dignité, mais personnelle, car elle ne vise que des intérêts particuliers contrairement à la dignité universelle qui protège des intérêts collectifs. C'est ainsi qu'en droit canadien, la notion de dignité est « devenue le concept clef servant à la définition du droit à l'égalité que protège l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* »⁵⁸⁴. En effet, l'objet principal de ce texte « est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux »⁵⁸⁵. Cela rejoint les dispositions françaises de l'article 225-1 et suivants du C.pén.⁵⁸⁶ qui traitent de la discrimination. En effet, il s'agit d'infractions qui portent atteinte à la dignité personnelle de la personne. Le législateur français l'a clairement énoncé pour cette incrimination qui viole l'article premier de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*⁵⁸⁷ et les articles 8 et 14 de la *Conv.EDH*⁵⁸⁸. Ce droit à l'égalité est donc également présent en droit français, même s'il se fait plus discret qu'en droit canadien.

Le droit à l'égalité de l'article 15 de la *Charte canadienne*⁵⁸⁹ interdit les différences de traitements entre les personnes ou les groupes, notamment lorsqu'il traduit une application stéréotypée de présumer caractéristique personnelle. C'est ainsi que la Cour suprême du Canada a défini la dignité, de manière non exhaustive. Elle signifie

« qu'une personne ou un groupe ressent du respect et de l'estime de soi. Elle relève de l'intégrité physique et psychologique et de la prise en

⁵⁸⁴ H. BRUN et G. TREMBLAY, préc., note 532, p. 935; *Charte canadienne*, préc., note 52.

⁵⁸⁵ *Id.*, H. BRUN et G. TREMBLAY, p. 1103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, 1999 CanLII 675, § 51 ; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, 1999 CanLII 686, § 47 ; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 1999 CanLII 687, § 5 ; Henri BRUN et Pierre BRUN, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 13^e éd., Montréal, éd. Wilson et Lafleur, 2000, p. 440.

⁵⁸⁶ C.pén., art. 225-1 : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

⁵⁸⁷ *Déclaration universelle des droits de l'homme*, préc., note 534.

⁵⁸⁸ *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 8 (1) : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »; art. 14 : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. ».

⁵⁸⁹ *Charte canadienne*, préc., note 52 : « (1) La loi ne fait acception de personne et **s'applique également à tous**, et tous ont **droit à la même protection et au même bénéfice de la loi**, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, **l'âge** ou les déficiences mentales ou physiques ». (Mis en gras par nos soins).

main personnelle. La dignité humaine est bafouée par le traitement injuste fondé sur des caractéristiques ou la situation personnelles qui n'ont rien à voir avec les besoins, les capacités ou les mérites de la personne. (...) La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. »⁵⁹⁰

La dignité permet, ainsi, d'éviter tout effet dévalorisant ou désavantageux sur une personne ou un groupe de personnes. En effet, tous les individus, mineurs ou non, sont jugés dignes de respect et de considération en raison de leur qualité d'être humain⁵⁹¹. En effet, « la garantie d'égalité reconnaît et défend la dignité humaine innée de chacun »⁵⁹² sans considération pour l'âge. Ce sont donc les caractéristiques personnelles de chaque personne qui seront protégées contre toute atteinte à la dignité personnelle. Ce droit à l'égalité permet également d'« améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait (...) de leur sexe, [ou] de leur âge »⁵⁹³. C'est ainsi que notre société contemporaine fondée sur la démocratie, la dignité, la liberté et l'égalité, impose le même traitement aux mineurs, même si elle reconnaît, par l'élaboration de lois protectrices, qu'il faut les protéger plus en raison de leur vulnérabilité et de leur manque de capacité pour prendre certaines décisions les concernant. Néanmoins, ils se retrouvent souvent traités comme des adultes miniatures, surtout les adolescents qui possèdent une certaine capacité d'exercice sans que les parents, titulaires de l'autorité parentale, interviennent⁵⁹⁴. Or, la sexualité conserve, encore de nos jours, un statut particulier fondé sur de nombreux tabous sexuels malgré l'engouement pour la dignité, la liberté et l'égalité qui pourraient valablement permettre d'accepter que les adolescents fassent leur propre pornographie; dans le sens, faire la représentation de leurs comportements sexuels explicites sur n'importe quel support et par

⁵⁹⁰ *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 585, § 53; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37, [2000] 1 R.C.S. 950, § 54; *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 585, § 59; *M. c. H.*, préc., note 585, § 261; *Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant*, [1997] 1 R.C.S. 241, 1977 CanLII 366, § 66; Daniel PROULX, « Les droits à l'égalité revus et corrigés par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Law* : un pas en avant ou un pas en arrière ? » (2001) 61 *Revue du Barreau* 185-279, aux pages 236, 266 et 267.

⁵⁹¹ *Id.*, *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, § 102; *Id.*, *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, § 5.

⁵⁹² *Id.*, *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, § 48; *Id.*, *Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, § 11 : « la discrimination et la violation de la présomption d'égalité de dignité et de valeur de chaque être humain ».

⁵⁹³ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 15 (2) : « Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques ».

⁵⁹⁴ *Supra*, p. 38 et 46.

n'importe quel moyen, du moment qu'ils respectent les lois telles que prévues pour les adultes. Il est clair qu'ils doivent être protégés mais dans quelle mesure? Cette distinction de traitement laisse toutefois supposer que le message du législateur, canadien comme français, semble être celui de tolérer la liberté sexuelle des personnes majeures et que certains comportements sexuels, comme la pornographie, pourtant acceptée dans la plupart des pays, n'est en fait qu'une atteinte à la dignité de la personne, une sorte de violence faite à la personne, voire allant à l'encontre de la morale. En effet, en l'interdisant complètement aux adolescents, même en espace privé, alors qu'ils possèdent la majorité sexuelle et, en laissant une certaine liberté sexuelle aux adultes, cela laisse présager que les adolescents ne possèdent pas de liberté sexuelle ou du moins différente de celle des personnes majeures car plus encadrée⁵⁹⁵.

Ce droit à l'égalité est souvent invoqué par de nombreux groupes minoritaires, tels que les homosexuels qui veulent faire reconnaître leur différence sexuelle au niveau légal⁵⁹⁶. En effet, « les tenants de la promotion des intérêts de « minorités sexuelles » préfèrent l'égalité, sans aucun doute plus offensive et fédératrice »⁵⁹⁷ que la liberté sexuelle. Or, ce droit peut amener l'acceptation de certains groupes sexuels qui, aujourd'hui pourtant, seraient considérés comme inappropriés. Il s'agit des « minorités sexuelles » pédophiles. Ces derniers pourraient revendiquer leur différence sexuelle au même titre que les autres et demander une reconnaissance sexuelle sur le fondement de cet article 15 de la *Charte canadienne*⁵⁹⁸. D'ailleurs, il n'y a pas si longtemps, certaines personnalités en France se sont clairement prononcées pour la légalisation des relations sexuelles avec des mineurs⁵⁹⁹ sachant qu'aujourd'hui, cela serait considéré comme malvenu. Le développement de ce droit à l'égalité, qui traduit un certain individualisme fondé sur le « droit à », peut avoir des

⁵⁹⁵ *Id.*, p. 46.

⁵⁹⁶ Joseph PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamentale? Éléments de réflexion », dans J. PINI et autres, préc., note 201, p. 11, aux pages 40 et 41.

⁵⁹⁷ *Id.*, p. 39 et 40; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 287.

⁵⁹⁸ *Charte canadienne*, préc., note 52. D'ailleurs, un groupe de pédophiles s'est créé aux Pays-Bas et ils ont même un logo officiel. Ils revendiquent leur différence sexuelle en se décrivant « comme « une minorité sexuelle opprimée », victimes de « l'inquisition du XXI^e siècle » (Katia GAGNON, « Les pédophiles ont leur logo », (août 2006) *La presse Montréal* A4.).

⁵⁹⁹ Une pétition « Lettre ouverte sur la révision de la loi sur les délits sexuels concernant les mineurs » fût adressée au Parlement en 1977 par de nombreux intellectuels français tels que Michel Foucault, Jean Danet, Guy Hocquenghem, Françoise Dolto, Jacques Derrida, Jean-Paul Sartre et Simone de Beauvoir. Ce texte demandait la dépénalisation de toutes relations sexuelles consenties entre un adulte et un mineur n'ayant pas l'âge de la majorité. Voir : Wikipédia sur « Pétitions françaises contre la majorité sexuelle », en ligne : <<http://fr.wikipedia.org>> ; J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamentale? Éléments de réflexion », préc., note 596, p. 23.

répercussions importantes sur la société, même si nous verrons plus loin que la protection des mineurs représente, en quelque sorte, le nouveau tronc commun de l'humanité⁶⁰⁰.

La *Charte québécoise* prévoit, dans son article 4, que « toute personne a droit à la sauvegarde de sa dignité, de son honneur et de sa réputation »⁶⁰¹. Il s'agit d'attributs fondamentaux de l'être humain qui lui sont personnels⁶⁰². Ce texte permet d'équilibrer les différentes libertés individuelles avec le respect de ces dispositions. C'est ainsi qu'il limite la liberté d'opinion et d'expression, mais également celle de la presse⁶⁰³. Paradoxalement, il protège aussi ces différents droits. En effet, « la *common law* offre un juste équilibre entre les valeurs jumelles de réputation et de liberté d'expression »⁶⁰⁴. La *Charte canadienne* ne mentionne pas expressément ce droit à la réputation contrairement à la *Charte québécoise*, mais la Cour suprême du Canada a reconnu que « la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte* »⁶⁰⁵. En outre, il est étroitement lié au droit à la vie privée, qui est « fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne et est essentielle à son bien-être »⁶⁰⁶.

Par conséquent, le critère de la « dignité de la personne humaine » implique le droit à une autonomie personnelle suffisante pour vivre sa propre vie et pour prendre les décisions qui nous sont chères pour notre propre personne sans l'intervention d'une entité extérieure, telle que l'État⁶⁰⁷. L'individu, en raison de sa dignité personnelle ou innée, possède un large pouvoir d'autonomie que l'État est obligé de respecter, puisque « le droit à la liberté est lié à la notion de dignité humaine »⁶⁰⁸. Il est donc indéniable que le critère de la dignité de la personne humaine permet la protection et la limitation des droits subjectifs liés à l'être

⁶⁰⁰ *Infra*, p. 338.

⁶⁰¹ *Charte québécoise*, préc., note 103.

⁶⁰² H. BRUN et P. BRUN, préc., note 585, p. 681 ; H. BRUN et G. TREMBLAY, préc., note 532, p. 1071.

⁶⁰³ *Dubois c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, (1983) C.A. 247, AZ-84021290; *Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal*, (1998) R.J.Q. 131 (C.S.) (en appel); *Société Radio-Canada c. Radio Sept-îles Inc.*, (1994) R.J.Q. 1811 (C.A.), 1994 CanLII 5883; *Fenech c. Groupe Quebecor Inc.*, (1999) R.R.A. 182; J.E. 99-455; CE, 30 août 2006, préc., note 568; C.cass., 2 civ., 4 nov. 2004, Juris-Data n°2004-025441, *Comm.com.électr.* fév. 2005, n°2, comm. 33, A. Lepage; C.cass, 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, J.C.P.G 2001.II.10488, concl. J. Sainte-Rose et note J. Ravanas.

⁶⁰⁴ *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 532.

⁶⁰⁵ *Id.*, § 107 et 120.

⁶⁰⁶ *Id.*, § 121; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la page 427.

⁶⁰⁷ *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90; *Godbout c. Longueil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, 1997 CanLII 335; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)* [1993] 3 R.C.S. 519, 1993 CanLII 75.

⁶⁰⁸ *Id.*, *R. c. Morgentaler*; H. BRUN et P. BRUN, préc., note 585, p. 184.

humain. C'est ainsi que cette autonomie personnelle autorise l'individu de disposer librement de son corps ou de sa personne comme bon lui semble dans la limite du respect de sa dignité personnelle⁶⁰⁹. Autrement dit, la liberté sexuelle semble être *a priori* au cœur de la dignité⁶¹⁰. D'ailleurs, les pratiques sadomasochistes ont été considérées comme contraire à la dignité de la personne humaine, mais pris dans son sens moral premier⁶¹¹. En effet, les juges, dans ce cas, imposent une certaine norme de comportement sexuel à laquelle il est impossible de déroger sous peine d'aller à l'encontre de sa propre dignité. C'est le cas de la pornographie et de la pédopornographie qui portent atteinte à la dignité personnelle des victimes car elles méconnaissent la personne prise dans son individualité, même si certains comportements, tels que ceux qui sont dégradants et déshumanisants, peu importe le caractère sexuel, sont incontestablement contraire à la dignité universelle de la personne humaine.

La pédopornographie, incriminée par les articles 227-23 du C.pén. et 163.1 du C.crim., remet en cause des intérêts particuliers à savoir ceux des mineurs qui se voient subir un traitement négatif, pouvant avoir certaines répercussions sur leur développement physique et psychique. Autrement dit, il s'agit de protéger une catégorie particulière de personne atteinte dans sa dignité personnelle. En effet, les actes pédopornographiques ne portent pas atteinte à la dignité universelle dans le sens qu'elle ne nie pas l'humanité de ces mineurs⁶¹². Elle ne fait que protéger ces derniers en tant que personne vulnérable. Elle ne remet nullement en cause leur appartenance à l'humanité. Toutefois, aucune référence explicite

⁶⁰⁹ O. CAYLA, préc., note 555, p. 98 : « cette stratégie qualificatoire est généralement motivée par la considération pour la « dignité de la personne humaine », devenue aujourd'hui référence ultime et automatique de tout discours juridique, ou plus exactement pour l'un des usages contemporains du concept, qui permet d'opposer à un individu l'obligation de respecter sa propre dignité, dans le but de limiter sa liberté dans l'exercice de la disposition de soi » ; *K.A. et A.D. c. Belgique* (au principal), n°42758/98 et 45558/99, 17 février 2005, en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=K.A.%20%7C%20et%20%7C%20A.D.%20%7C%20belgique&sessionid=30882264&skin=hudoc-fr>, (consulté le 23 sept. 2009), § 83-85.

⁶¹⁰ R. KOERING-JOULIN, préc., note 548, p. 77.

⁶¹¹ O. CAYLA, préc., note 555, p. 98 : « Par le plaisir qu'il éprouve, la masochiste commet donc la faute cardinale d'un attentat contre sa propre humanité ». Cela laisse supposer une certaine confusion avec la dignité fondamentale car le sadomasochisme instrumentalise l'être humain, ce qui est incontestablement contraire à la dignité fondamentale, car cela remet en cause l'être humaine en tant que tel mais, comme pour la pornographie, il ne s'agit que d'une atteinte à la dignité personnelle de la victime. Voir : Michela MARZANO, *Penser le corps*, Paris, PUF, 2002, p. 104 : « Cependant, en niant l'existence incarnée d'autrui, le sadique ne peut se retrouver que seul dans une contemplation d'un corps-chair inanimé. En même temps, la masochiste, qui peut toujours être considéré comme un sadique envers lui-même, comme le disait Freud, a le désir de se regarder et de se contempler en tant que corps-instrument ».

⁶¹² B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 158.

n'est faite dans les deux textes à cette dignité des mineurs⁶¹³. Seuls les tribunaux ou la doctrine mettent en exergue celle-ci de manière plus concrète⁶¹⁴.

Le critère de « la dignité de la personne humaine » a une double fonction, à savoir celui de protéger la dignité personnelle contre toutes atteintes, mais également celui de limiter la liberté des individus, notamment des mineurs, au nom de cette dignité. Ce critère permet donc une chose et son contraire, ce qui le rend si complexe. En outre, il faut faire une remarque sur le fait que la France et le Canada ont une manière d'employer ce critère de la « dignité » différente sur certains points. En effet, la tradition civiliste française se différencie nettement de la tradition canadienne de *common law*. Dans la première, le critère de la dignité est plus souvent utilisé comme moyen pour limiter des libertés individuelles, alors que la seconde tradition l'emploie plus spécialement pour contrôler les atteintes faites à ces libertés⁶¹⁵. Avec l'influence de plus en plus marquée du droit européen sur le droit français, cette distinction commence à s'estomper⁶¹⁶. En effet, les intérêts particuliers ont pris une place relativement importante dans le droit au nom de la dignité personnelle. D'ailleurs, les valeurs collectives, autrefois importantes pour l'élaboration de notre droit, se retrouvent remises en cause par l'évolution de la société actuelle devenue pluraliste et individualiste. Cette pluralité des mœurs, des comportements et des religions, ont un certain impact sur le droit, qui ne peut plus prendre de référent moral universel et commun. C'est ainsi que le référent de la « dignité de la personne humaine » permet de prendre en compte toutes les conceptions en ne s'intéressant qu'à la « personne », même si au final, c'est la majorité, à savoir la morale dominante, qui va l'emporter. Il est clair que cet engouement peut engendrer certaines dérives juridiques, telles que la « valorisation extrême de l'individu »⁶¹⁷ où « chacun déterminerait sa propre dignité comme il

⁶¹³ D'ailleurs, l'auteur Renée KOERING-JOULIN (préc., note 548, p. 81) considère que le *Code pénal français* n'est pas très cohérent en ce qui concerne les infractions portant atteintes à la dignité personnelle du mineur. En effet, il ne comprend pas le silence du législateur sur la dignité du mineur dans les différentes infractions, telles que celles des art. 227-22-227-23 et 227-24 C.pén. qui sont répertoriées dans les infractions de « mise en péril des mineurs », « beaucoup moins expressive y compris symboliquement ».

⁶¹⁴ Par exemple : *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 158; C.cass.crim., 12 oct. 2005, préc., note 577.

⁶¹⁵ R. KOERING-JOULIN, préc., note 548, p. 81.

⁶¹⁶ En effet, l'influence de la tradition *common law* se fait également très présente dans le droit européen, notamment en ce qui concerne les décisions concernant les pratiques sadomasochistes que nous étudierons plus loin dans notre développement. J. POUSSON, préc., note 415, p. 150.

⁶¹⁷ P. PEDROT, « La dignité de la personne humaine à l'épreuve des technologies biomédicales », préc., note 495, p. 58; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 613-615.

l'entend »⁶¹⁸. En effet, il est indéniable que la dignité personnelle doit être protégée, mais seulement à partir d'un certain seuil qui revêtra vraisemblablement une sanction fondée sur la morale⁶¹⁹.

II. L'impact sur la liberté sexuelle : l'ambivalence de la dignité de la personne humaine

Le critère de « la dignité de la personne humaine » accentue la protection des droits individuels, notamment dans le domaine de la sexualité. En effet, la liberté sexuelle revêt un caractère particulier en raison du fait qu'elle touche l'être humain de manière directe dans sa sphère la plus intime, sa vie privée. C'est pour cette raison que la notion de dignité, notamment personnelle, prend toute sa dimension. Chaque personne est libre de disposer sexuellement de son corps tant qu'elle y consent et possède la majorité sexuelle. Autrement dit, la dignité personnelle est respectée en matière sexuelle lorsque la personne, mineure ou majeure, a consenti aux relations sexuelles du fait de son autonomie personnelle et de son âge (A). Or, ce critère de « la dignité de la personne humaine » permet également de sanctionner certains comportements sexuels qui sont considérés par les juges comme contraire à cette dignité, concept à coloration morale, au nom de la sécurité des personnes (B).

A) Le critère de « l'autonomie de la personne » : le fondement du droit en matière sexuelle

La légitimité des relations sexuelles est fondée sur le principe de l'autonomie personnelle, droit individuel, qui se traduit par l'émission d'un consentement libre et éclairé de la part de la personne majeure et adolescente. Ces dernières ont donc le droit de disposer sexuellement de leur corps et donner leur consentement pour entretenir des relations sexuelles avec tout partenaire qui possède la majorité sexuelle (1). En outre, cette liberté

⁶¹⁸ *Id.*, P. PEDROT.

⁶¹⁹ « Le droit pénal « droit de la textualité » nécessite des incriminations suffisamment précises pour éviter les interprétations jurisprudentielles divinatoires. Or, affirmer que l'homme a droit à la dignité est une chose, fixer le seuil au-delà duquel la violation de ce droit mérite une sanction pénale en est une autre, beaucoup plus périlleuse. (...) Et pourtant la dignité ici appréhendée par les juges ne donne qu'une vue partielle de la difficulté rencontrée dans la mesure où, prise dans une acceptation étroite, elle rejoint la notion de moralité au sens des bonnes moeurs » (R. KOERING-JOULIN, préc., note 548, p. 83).

sexuelle fait partie intégrante de la vie privée, notion concurrente à celle d'intérêts collectifs qui fait référence à la notion de « bonnes mœurs », ce qui limite les interventions étatiques dans ce domaine (2).

1) Une liberté sexuelle consensuelle : la liberté de disposer de son corps

La liberté sexuelle découle du principe de l'autonomie personnelle « qui implique le droit d'entretenir des relations sexuelles, qui découle lui-même de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »⁶²⁰. Cette dernière est énoncée notamment par la Cour européenne des droits et des libertés (CEDH) dans l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*⁶²¹ et au Canada, elle résulte de l'article 7 de la *Charte canadienne* et notamment du principe de dignité personnelle⁶²². Cette liberté sexuelle permet ainsi d'avoir les relations sexuelles souhaitées ce qui suppose « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend, y compris en s'adonnant à des activités perçues comme physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »⁶²³. C'est ainsi qu'il est possible de se mettre en danger et de porter atteinte à sa santé ou à son intégrité corporelle au nom d'une sorte de « droit à la jouissance » ou de « droit au plaisir »⁶²⁴. La CEDH semble aller vers une sorte de droit à l'autodétermination des personnes⁶²⁵, qui, au nom de la liberté, permettra à un individu de faire tout ce qui lui plaît, notamment sexuellement. C'est ainsi que la liberté sexuelle

⁶²⁰ J. POUSSON, préc., note 415, p. 150.

⁶²¹ CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., note 609.

⁶²² *R. c. Morgentaler*, préc., note 607; *Godbout c. Longueil (Ville)*, préc., note 607; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 607.

⁶²³ *Pretty c. Royaume-Uni* (au principal), n° 2346/02, CEDH 2002-III, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=pretty&sessionid=30881874&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), § 66; CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., note 609, § 83, Danièle LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres? », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, p.7, à la page 12; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 648.

⁶²⁴ Jean-Claude GUILLEBAUD, *La tyrannie du plaisir*, (Paris), éd. du Seuil, 1998, p. 152 et 241 : « Le droit au bonheur, écrit un chercheur du CNRS, c'est-à-dire, entre autres, le droit à l'orgasme, se transforme en « devoir d'orgasme » ».

⁶²⁵ Muriel FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », (2008) n°1 *Recueil Dalloz.chron.*31-39, à la page 32; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 649 : « Le fait d'ériger « la volonté individuelle en ultime rempart contre les dérives des autres » revient à se défausser sur l'individu de sa propre protection, laquelle devrait pourtant être assurée par la société en cas d'atteinte à son intégrité physique ».

permet le libre choix du partenaire avec qui nous voulons des actes sexuels du moment où autrui est majeur sexuellement et, bien sûr qu'il soit consentant. Les seules limites sont donc l'âge du partenaire sexuel et son consentement à l'acte ce qui laisse supposer la grande part de liberté laissée aux individus. En effet, la liberté de disposer sexuellement de son corps commence en principe à partir de l'âge de la majorité sexuelle, à savoir seize ans pour le Canada et quinze ans pour la France. Les adolescents, capables sexuellement, ne possèdent pas cette liberté sexuelle ou du moins, de manière encadrée⁶²⁶. Ils sont ainsi soumis à une sorte de liberté sexuelle relative fondée sur la gratuité des rapports sexuels⁶²⁷. Cette distinction entre les personnes majeures et le traitement fait aux mineurs laisse supposer que le législateur ne fait que tolérer les actes sexuels rémunérés au nom de l'autonomie personnelle, mais qu'il pourrait très bien les interdire sur le fondement de la dignité de la personne humaine. Néanmoins, chacun de nous est, en principe, libre sexuellement du moment qu'il y consent de manière libre et éclairée. Il s'agit donc d'une sorte de « convention » à passer des actes sexuels qui est émise. Autrement dit, il y a quelqu'un qui propose et un autre qui accepte la relation sexuelle.

Le critère du consentement devient alors la pierre de voûte du système juridique relatif à la sexualité⁶²⁸. Certains parlent d'une « morale du consentement »⁶²⁹, même en ce qui concerne les mineurs. En effet, il suffit que la personne soit capable et consentante « à un rapport sexuel avec autrui pour que personne n'ait rien à dire »⁶³⁰. Elle est ainsi libre de choisir ou non d'avoir telle ou telle relation sexuelle avec tel ou tel partenaire. Elle est seule à savoir ce qui est le mieux pour elle-même sans que l'État vienne s'y intéresser⁶³¹ du

⁶²⁶ *Supra*, p. 57.

⁶²⁷ En effet, il ne faut pas oublier que certains comportements sexuels ne sont pas permis pour les mineurs ou sont encadrés de manière plus importante que pour les personnes majeures. Il en va de même de la prostitution, de la pornographie et du sadomasochisme.

⁶²⁸ « La morale sexuelle moderne aussi bien que le discours juridique sur le sexe font du consentement le critère de toute sexualité licite. (...) Le consentement apparaît désormais comme le seul critère de la sexualité légitime » (Daniel BORRILLO et Danièle LOCHAK, « Introduction », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, p. 1, à la page 3).

⁶²⁹ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 71.

⁶³⁰ *Id.*

⁶³¹ *Id.*, « aucune autorité étatique ne devrait pouvoir venir scruter dans nos consciences pour savoir ce qui nous excite, ce qui nous pousse à faire ou à ne pas faire certaines choses; chacun aurait le droit de donner sens à ses expériences comme il l'entend »; « [L]a liberté devient tyrannie dès lors que l'État prétend connaître mieux que l'individu ce qui lui est favorable » (Daniel BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », dans D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), préc., note 190, p. 38, à la page 45); « le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus » (Jean-pierre MARGUÉNAUD, « Sadisme, masochisme et autonomie personnelle », dans O. DUBOS et J.-P. MARGUÉNAUD (dir.), préc., note 256, p. 83-92, à la page 87).

moment que la dignité universelle de la personne humaine est respectée. La légitimité d'un acte sexuel passe donc par la vérification des conditions du consentement des partenaires sexuels⁶³². Il doit être libre et éclairé mais également, il doit être donné pour chaque geste posé sur la personne tierce⁶³³. Or, il est difficile de mettre en évidence ce consentement dans certaines situations et plus spécialement en matière sexuelle où l'irrationnel a tendance à faire son apparition. Néanmoins, malgré la présence d'une importante part d'émotivité, le droit se fonde sur le critère du consentement qui peut parfois justifier certaines pratiques sexuelles en raison de l'assentiment de la personne tierce. En effet, certaines situations peuvent être obscures et le consentement peut être donné de manière tacite, apparente ou imaginée, voire fantasmée par l'autre personne⁶³⁴. Ceci encore plus lorsqu'il est donné au moyen d'Internet, puisque la part de virtualité produit certains effets, comme la perte des réalités et des relations interpersonnelles⁶³⁵. Il y a donc une part importante d'aléas, et ce sont les juges qui vont déterminer si la personne victime a consenti de manière libre et éclairée, même si son consentement n'a pas été clair et précis. Tout est finalement un problème de preuve⁶³⁶. Sauf que les conséquences ne sont pas minimales. En effet, la notion de consentement permet de qualifier de légitime les relations sexuelles avec des mineurs ayant la majorité sexuelle. Le consentement du mineur permet de valider l'acte sexuel avec une personne majeure⁶³⁷. Or, il est permis au juge de remettre en cause ce consentement dans certaines situations, notamment lorsqu'il considère qu'il y a eu exploitation sexuelle de l'adolescent de la part de la personne majeure en raison, par exemple, de la différence d'âge et de la nature de la relation⁶³⁸. Le consentement d'un mineur à une relation sexuelle n'est donc pas absolu car il peut être remis en cause à tout moment par le juge en raison de

⁶³² C.crim., art. 273.1 (donne une définition du consentement).

⁶³³ *R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, 1999 CanLII 711, 22 C.R. (5th) 1, 131 C.C.C. (3d) 481.

⁶³⁴ En effet, il existe des cas de « servitude volontaire ». C'est ainsi qu'« on devrait aussi savoir qu'il ne suffit pas d'être persuadé de vouloir pour être libre et autonome » (M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », préc., note 625, p. 34).

⁶³⁵ « La convivialité assurée par l'Internet est rassurante a priori, mais en fait assez dangereuse car « déstructurante » » (Philippe LE TOURNEAU, « Bien faire l'homme : de la morale avant toute chose! », dans J. KRYNEN (dir.), préc., note 415, p. 24).

⁶³⁶ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 156 : « Car non seulement le consentement est difficile à prouver, non seulement on ne dispose pas de conventions claires, mais en plus les tribunaux ne s'en tiennent même pas à ce critère du consentement et sont prêts à le déclarer invalide s'ils estiment que la personne n'était pas en pleine possession d'elle-même. Il faut en effet savoir que le consentement qu'on demande en matière sexuelle n'est pas simple : c'est un consentement « éclairé » ».

⁶³⁷ C.pén., art. 227-25 à 227-27; C.crim., art. 150.1.

⁶³⁸ C.crim., art.153 (1.2): « Le juge peut déduire de la nature de la relation entre la personne et l'adolescent et des circonstances qui l'entourent, notamment des éléments ci-après, que celle-ci est dans une relation où elle exploite l'adolescent : a) l'âge de l'adolescent; b) la différence d'âge entre la personne et l'adolescent; c) l'évolution de leur relation; d) l'emprise ou l'influence de la personne sur l'adolescent ».

la présomption d'imaturité⁶³⁹. Toutefois, les tribunaux canadiens ne sont pas très clairs en ce qui concerne cette infraction. En effet, la Cour suprême a considéré qu'une relation sexuelle avec un professeur pendant les vacances d'été entrainait dans le champ d'application de l'infraction; à la différence de la Cour d'appel et des premiers juges qui en avaient décidé autrement⁶⁴⁰. Dans tous les cas, dès que les conditions du consentement ne sont pas remplies, le consentement est vicié et la relation se transforme en infraction à caractère sexuel que la personne soit mineure ou non⁶⁴¹; la minorité n'étant qu'une condition parmi d'autres, voire une circonstance aggravante dans certains cas⁶⁴². C'est ainsi que l'absence de consentement à un acte sexuel permet de qualifier ce dernier d'agression sexuelle ou de voies de fait⁶⁴³, voire d'invalidier le consentement dans d'autres situations, telles que pour les mineurs, l'abus de position ou d'autorité⁶⁴⁴.

L'évolution de la société a amené un changement de paradigme. Désormais, le « corps sacré », idée chère à la religion judéo-chrétienne, est devenu la « personne sacrée », idée centrale des droits occidentaux accentuée par le développement des droits de l'homme. Néanmoins, une question peut légitimement se poser à savoir le corps, qui appartient à la personne, est-il une chose? Cette interrogation revient à s'intéresser à des questions métaphysiques et moralistes. En effet, certains philosophes considèrent que le corps est la propriété de la personne et qu'il est donc libre d'en disposer selon son bon vouloir⁶⁴⁵. Il faut alors faire une distinction entre, d'une part, la personne, et d'autre part, son corps⁶⁴⁶. La personne, comme nous l'avons déjà exposé⁶⁴⁷, est sacrée et possède une dignité qui la rend

⁶³⁹ J.-F. CHASSAING, préc., note 190, p. 85-86; *R. c. Léon*, [1992] R.L. 478, 1992 CanLII 3818 (QC C.A.) : Peu importe que l'adolescent est donné un consentement volontaire ou non à la relation de dépendance ou d'autorité; l'infraction vise l'exploitation sexuelle de l'adolescent.

⁶⁴⁰ En effet, les premiers tribunaux ont décidé que le professeur n'était pas en situation d'autorité au motif « qu'au moment de l'incident il n'était ni en situation d'autorité, ni en situation de confiance vis-à-vis de l'adolescente » (*R. c. Audet*, préc., note 238).

⁶⁴¹ C.pén., art. 222-23 et suiv.; C.crim., art. 265 et suiv.

⁶⁴² Par exemple, la minorité est une circonstance aggravante en cas de viol (C.pén., art. 222-24) ou une condition d'incrimination notamment pour l'infraction d'incitation à des contacts sexuels (C.crim., art. 152).

⁶⁴³ En France, selon qu'il y ait eu ou non pénétration, l'infraction sera qualifiée de viol ou d'agression sexuelle. Par contre, au Canada, les agressions sexuelles sont traitées de la même manière que les infractions de voies de fait. En effet, le caractère sexuel est un élément parmi d'autres.

⁶⁴⁴ C.crim., art. 153 et suiv.; C.pén., art. 222-24; 222-28; 227-26 et 227-27.

⁶⁴⁵ *Supra*, note 505 relative à J. LOCKE.

⁶⁴⁶ « Jean-Pierre Baud rappelle que la conception du corps que nous avons est héritée du droit civil romain qui distinguait deux concepts : la chose et la personne. La personne, c'est le sacré, ce dont on ne saurait disposer. Le fait de refuser de considérer que le corps est une chose à commercialité limitée, a conduit le droit à bien des hypocrisies » (Propos de Melchior WATHELET (vice-premier ministre et ministre de la Justice), dans l'ouvrage *ÉCOLE DES SCIENCES CRIMINOLOGIQUES LÉON CORNIL*, préc., note 426, p. 30).

⁶⁴⁷ *Supra*, p. 111.

indisponible. Par contre, le corps est traité de manière différente dans nos sociétés occidentales. Même s'il fait partie intégrante de la personne en tant qu'être humain en raison de sa dignité universelle, ce dernier possède un régime juridique adapté à la laïcisation et aux développements des nouvelles technologies. C'est ainsi qu'il est possible d'utiliser des parties du corps humain dans le cadre des biotechnologies⁶⁴⁸, mais également de transformer son corps, notamment avec la chirurgie esthétique⁶⁴⁹. En outre, le suicide, autrefois fortement condamné par l'église, n'est plus constitutif d'une infraction pénale. L'État ne sanctionne pas le rapport de soi à soi-même au risque d'être considéré comme paternaliste⁶⁵⁰. La personne a ainsi le droit de se donner la mort si elle le souhaite, mais elle doit être seule. Autrement dit, elle est propriétaire de son corps et décide seule de son bien-être⁶⁵¹. En effet, il ne faut à aucun moment l'intervention d'un tiers. Tout devient problématique dès qu'un tiers arrive dans la relation de la personne avec son propre corps, que cela soit sexuel ou non.

Le critère du consentement devient essentiel lorsqu'un tiers entre en relation avec une personne. En effet, dans ces conditions, chacun est propriétaire de son propre corps d'après le principe de l'autonomie personnelle. Autrement dit, elle est seule à décider ce qui est le meilleur pour son corps sans prendre en compte le corps de l'autre personne, seule propriétaire de ce dernier. C'est ainsi que nous pouvons faire ce que nous voulons de notre corps. Il est donc possible de porter atteinte à sa propre intégrité physique, comme les tatouages ou les piercings, mais nullement à celle d'autrui qui reste son unique propriété. D'ailleurs, l'euthanasie ou l'aide au suicide sont de bonnes illustrations du respect du corps

⁶⁴⁸ Même si en principe, le corps est indisponible (C.cass, ass.plén., 31 mai 1991, les mères porteuses, *Bull.*, n°4; D.1991.J.417) car il est hors du commerce (C.civ.fr., art. 1128), il est possible d'« aliéner entre vifs une partie de son corps pourvu que le risque couru ne soit pas hors de proportion avec le bienfait qu'on peut raisonnablement en espérer » (C.c.Q., art. 19).

⁶⁴⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », préc., note 625, p. 36 : « on admet cependant aujourd'hui (...), la stérilisation ou encore le changement de sexe des personnes ». Mais également, la possibilité de transformer complètement son corps avec différents implants au nom de la liberté, un « ready-made modifié ».

⁶⁵⁰ *Id.*, p. 32 : « Toute intervention du droit pour empêcher l'individu de faire ce qu'il veut avec son corps aurait donc nécessairement pour but « la protection de l'individu contre lui-même », ce qui procéderait d'un paternalisme dépassé » ; « Le paternalisme est cette attitude qui consiste à vouloir faire le bien des autres sans tenir compte de leur point de vue » (Gerald DWORKIN, « Paternalism », *The Monist*, 56, 1972, p. 64-84; R. OGIER, préc., note 225, p. 13).

⁶⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, préc., note 625, p. 31 : « le corps humain étant indissolublement lié à la personne (...). Le principe de l'indisponibilité du corps humain (...) permettrait de s'assurer que la personne reste toujours maître de son corps, et ne puisse en être dépossédée ».

d'autrui⁶⁵². Personne ne peut s'approprier un autre corps que le sien, puisque cela irait à l'encontre du principe de dignité de la personne humaine⁶⁵³. Mais également, il est impossible de porter atteinte à l'intégrité physique du corps d'autrui, notamment lorsqu'il s'agit de le tuer. En effet, la personne n'est pas une chose appropriable ce qui fait que chacun est propriétaire de soi, mais pas d'autrui⁶⁵⁴. Il faut, en principe, que la personne consente à l'acte qui met en cause son propre corps pour que cela soit valide. En d'autres termes, toute personne est libre du moment qu'elle ne nuit pas à autrui⁶⁵⁵. Tout repose sur le respect du consentement d'autrui⁶⁵⁶. Certains auteurs préfèrent utiliser le critère de « souci de soi » au lieu de celui de consentement, d'autonomie ou de dignité⁶⁵⁷. Ce dernier permettrait ainsi à la dignité de perdre « sa connotation morale; elle ne peut se réduire à une sorte de norme morale qui protégerait l'homme dans son essence »⁶⁵⁸. Peu importe le critère préféré, le principe d'autonomie personnelle vient accentuer l'individualisme si cher à nos sociétés actuelles⁶⁵⁹ et « peut mener au totalitarisme de l'individu sur lui-même et sur les autres. Ainsi, au nom de la liberté, de l'autonomie personnelle, chacun déterminerait sa propre dignité comme il l'entend »⁶⁶⁰ ce qui aurait incontestablement des répercussions sur le droit applicable aux adolescents, et notamment en matière sexuelle. En effet, ils pourraient très bien revendiquer cette liberté sexuelle au nom de leur autonomie personnelle et de leur vie privée.

⁶⁵² CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 623. D'ailleurs, « c'est d'abord très souvent autrui, et non pas la personne elle-même, que le droit entend protéger lorsqu'il interdit certains actes. On le voit clairement dans l'euthanasie. (...) En marquant la limite, le droit protège principalement, non pas la personne elle-même, mais les médecins » (M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », préc., note 625, p. 33 et 34).

⁶⁵³ Cela irait également à l'encontre du principe d'indisponibilité du corps humain. (C.civ.fr., art. 1128 : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions »; *contra* : le corps humain n'étant pas une chose, ne peut donc pas faire l'objet d'une convention).

⁶⁵⁴ Cela rejoint la conception morale de KANT développée dans des paragraphes précédents (*Supra*, p. 111).

⁶⁵⁵ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 57, art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ».

⁶⁵⁶ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 183.

⁶⁵⁷ M. MARZANO et A. MILON, préc., note 518, p. 108 et suiv.

⁶⁵⁸ *Id.*, p. 108.

⁶⁵⁹ J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamentale? Éléments de réflexion », préc., note 596, p. 21; A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 650.

⁶⁶⁰ C. NEIRINCK, préc., note 484, p. 58.

2) La liberté sexuelle : une partie intégrante de la vie privée

La liberté sexuelle est rattachée, d'après la jurisprudence française influencée par l'Europe, et comme pour la canadienne⁶⁶¹, à la protection et au respect de la vie privée⁶⁶². Elle n'apparaît dans aucun texte en tant que tel⁶⁶³. D'ailleurs, en droit français et canadien, la liberté d'expression et le droit à la vie privée ont tendance à se confondre ce qui explique ce silence dans les textes sur ce droit⁶⁶⁴. La vie sexuelle représente « l'un des aspects les plus intimes de la vie privée »⁶⁶⁵. Il s'agit alors de protéger l'intimité de la personne en raison du principe d'autonomie personnelle⁶⁶⁶. Le droit au respect de la vie privée est un droit fondamental protégé par les articles 2 et 7 de la *Charte canadienne*⁶⁶⁷, par l'article 8 de la *Conv.EDH*⁶⁶⁸ et par l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*⁶⁶⁹. Mais, contrairement au texte européen, les deux autres « ne comportent pas de reconnaissance explicite du droit à la vie privée »⁶⁷⁰.

⁶⁶¹ Le droit à la vie privée a été longuement étudié par la Cour suprême du Canada par le biais de la liberté d'expression, par exemple : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, 1986 IIJCan 5 (C.S.C.), [1986] 2 R.C.S. 573 ; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1988 IIJCan 3 (C.S.C.), [1988] 2 R.C.S. 214 ; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, 1989 IIJCan 20 (C.S.C.), [1989] 2 R.C.S. 1326 ; *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, 1989 IIJCan 87 (C.S.C.), [1989] 1 R.C.S. 927 ; *R. c. Keegstra*, 1990 IIJCan 24 (C.S.C.), [1990] 3 R.C.S. 697.

⁶⁶² *Dudgeon c. Royaume-Uni* (au principal), n° 7525/76, arrêt du 22 oct. 1981, série A n°59 en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=dudgeon&sessionid=30735471&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Modinos c. Chypre* (au principal et satisfaction équitable), n°15070/89, arrêt du 22 avril 1993, série A n°259, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=modinos&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, préc., note 532; *R. c. Dymont*, préc., note 606; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, préc., note 607; *R. c. Morgentaler*, préc., note 607; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 607; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 1990 CanLII 150; *R. c. McKinlay Transport Ltd*, [1990] 1 R.C.S. 627, 1990 CanLII 137; C.const., 15 janv. 1975, décision IVG, n°74-54, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 19-94.

⁶⁶³ Il s'agit d'une liberté sexuelle incluse qui permet de protéger l'individu contre certains rapports sexuels, mais également de lui garantir le respect de sa vie privée et intime. (J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamentale? Éléments de réflexion », préc., note 596, p. 26-38).

⁶⁶⁴ COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, 16 au 19 sept. 2002, Bulletin d'information n°573, 15 fév. 2003, en ligne : <<http://www.courdecassation.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 10 et 11.

⁶⁶⁵ CEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, préc., note 662, § 52.

⁶⁶⁶ CEDH, *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., note 623.

⁶⁶⁷ *Charte canadienne*, préc., note 52; *Charte québécoise*, préc., note 103, art. 5.

⁶⁶⁸ *Conv.EDH*, préc., note 57.

⁶⁶⁹ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 57, art. 2 : « Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression »; C.const., 23 juil. 1999, n° 99-416, couverture maladie universelle, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416/99416dc.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁶⁷⁰ COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, préc., note 664, p. 5.

Le droit au respect de la vie privée permet de « protéger ce qui fait partie de la vie intime de la personne, bref ce qui constitue un cercle personnel irréductible, à l'abri des indiscretions »⁶⁷¹. Autrement dit, il s'agit d'un droit individuel qui est lui-même protégé par le critère de la dignité personnelle de la personne humaine, puisque ce sont seulement des intérêts particuliers qui sont protégés⁶⁷². C'est ainsi que la « liberté sexuelle s'est progressivement affirmée comme une dimension fondamentale de l'autonomie individuelle et une composante essentielle du droit au respect de la vie privée »⁶⁷³. Dès lors, « le sexe est devenu un droit de la personnalité »⁶⁷⁴, en raison de son appartenance au domaine privé, voire intime de la personne. Le droit à la vie privée au même titre que les autres droits subjectifs, comme le droit à l'égalité et à la liberté, connaît un certain essor aujourd'hui, accentué par le développement du réseau Internet, au détriment des intérêts collectifs. En effet, il y a une certaine tendance actuellement à s'intéresser plus à la liberté de chacun d'organiser sa vie privée à sa guise que des valeurs communes de la société. C'est ainsi que toute personne, sans considération d'âge, a droit au respect de sa vie privée et donc à sa liberté sexuelle. Cela implique certaines conséquences, notamment pour les adolescents qui, même s'ils bénéficient d'une certaine protection en raison de leur minorité, doivent être surtout protégés en raison de leur vulnérabilité, comme n'importe quelle autre personne, même majeure.

Il existe un double aspect dans ce droit au respect de la vie privée. D'abord, il est secret ce qui se traduit par la « faculté de mener une vie retirée et anonyme, soustraite à l'indiscrétion et à la publicité », puis, il est libre, dans le sens qu'il prévoit « une forte autonomie dans les choix des genres d'existences et des comportements, la personne ne pouvant supporter à cet égard qu'un minimum d'ingérences légales ou pressions

⁶⁷¹ *Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance*, (1996) R.J.Q. 511 (T.D.P.Q.); H. BRUN et P. BRUN, préc., note 585, p. 695.

⁶⁷² La Cour de cassation française y voit un droit de l'homme qui peut donc être invoqué par tous (C.cass.civ, 13 fév. 1985, n°63 J.C.P.1985 II 20467, note Lindon) sans pour autant être protégée par la dignité de la personne humaine pris dans son sens universelle (C.cass. civ, 20 fév. 2001, *Bull.civ.*, n°42). La Cour affirme que « le respect juridiquement dû à la vie privée protège un intérêt privé » (COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, préc., note 664, p.13).

⁶⁷³ D. BORRILLO et D. LOCHAK, « Introduction », préc., note 628, p. 1.

⁶⁷⁴ Jacqueline POUSSON-PETIT, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens », dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine : Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, éd. Bruylant, 2002, p. 719, à la page 722.

sociales »⁶⁷⁵. Ce droit est reconnu à toute personne, qu'elle soit majeure ou mineure, en droit français⁶⁷⁶ et en droit québécois⁶⁷⁷. C'est ainsi que la liberté sexuelle est admise à tous, mais dans les limites de celle d'autrui, à savoir que personne ne peut imposer quelque chose au regard ou à une tierce personne, puisque cela irait à l'encontre de sa dignité personnelle. C'est bien le rapport de soi à autrui qui limite la liberté individuelle et donc sexuelle.

La liberté sexuelle, partie intégrante de la vie privée, permet ainsi aux personnes de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, même sexuellement. Cela implique un large éventail de comportements sexuels, comme le sadomasochisme ou la zoophilie. En effet, ces pratiques relèvent de la vie privée et de la liberté sexuelle⁶⁷⁸. En outre, la pornographie est considérée comme une forme d'expression protégée par l'article 2b) de la *Charte canadienne*⁶⁷⁹. La Cour suprême du Canada a abordé cette question de la pornographie par rapport à la liberté d'expression dans l'arrêt *R. c. Butler*⁶⁸⁰. La Cour a statué, en l'espèce, que le matériel pornographique est garanti par l'article 2b) de la *Charte canadienne*⁶⁸¹ et peu importe qu'il soit choquant ou non. En principe, l'État ne peut pas s'ingérer dans la sphère privée des personnes sans qu'elle soit justifiée par des raisons d'une particulière gravité. Ces dernières peuvent être, par exemple, des raisons de respect de l'ordre public, de protection de la morale ou de la sécurité, voire de la santé des personnes⁶⁸². Mais, ces ingérences s'avèrent de plus en plus fréquentes ce qui diminue nécessairement le droit au respect de la vie privée

⁶⁷⁵ COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, préc., note 664, p. 9. L'auteur Jacqueline POUSSON-PETIT définit le droit au respect de la vie privée de la manière suivante à savoir, il s'agit tout d'abord d'un « droit à la tranquillité ou comme un droit de contrôle exercé par l'individu sur un certain nombre d'informations qui le concernent » (*Id.*, p. 719 et 720).

⁶⁷⁶ C.civ.fr., art. 9, al. 1 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée ».

⁶⁷⁷ C.c.Q., art. 35, al. 1 : « Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée ».

⁶⁷⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », préc., note 625, p. 33.

⁶⁷⁹ *Charte canadienne*, préc., note 58.

⁶⁸⁰ *R. c. Butler*, préc., note 280.

⁶⁸¹ *Charte canadienne*, préc., note 58.

⁶⁸² *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 8 (2) : « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7 : « Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale »; C.c.Q., art. 35, al. 2 : « Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci y consente ou sans que la loi l'autorise »; D. ROETS, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », préc., note 256, p. 109.

des individus, notamment par le biais du principe de dignité de la personne humaine⁶⁸³. Toutefois, les internautes semblent, eux-mêmes, les investigateurs de cette régression en raison de cette confusion notable des espaces publics et privés sur Internet et pour cet engouement pour la protection des mineurs. Par conséquent, la liberté sexuelle, protégée particulièrement par le droit au respect de la vie privée, lui-même protégé par la liberté d'expression, n'est pas absolue et connaît donc de nombreux cas d'ingérence étatique, pas toujours justifiée.

B) L'encadrement de la dignité personnelle : au nom de la sécurité des personnes

L'autonomie personnelle, garantie par la dignité personnelle, permet aux personnes d'être libres sexuellement. Toutefois, cette liberté sexuelle est limitée dans toutes les sociétés libres et démocratiques car elle peut mettre à mal d'autres libertés fondamentales reconnues de manière explicite par les textes, contrairement à cette liberté qui n'a pas forcément ces lettres de noblesses en tant que telle. En outre, en droit pénal français, il ne faut pas oublier le principe selon lequel « le consentement de la victime n'efface pas la nature criminelle de l'acte »⁶⁸⁴, alors qu'en droit criminel canadien il faut prouver le défaut de consentement de la victime⁶⁸⁵. C'est ainsi que les tribunaux actuels semblent limiter la sexualité sur le fondement du critère du « préjudice », soi-disant plus neutre et ainsi évacuer les critères qui font trop référence à la moralité. Il s'agit de bannir l'aspect moral pour ne retenir que l'aspect préjudice. Or, il s'avère que ce critère n'est que de la morale déguisée pour contrôler les comportements sexuels des individus (1). En outre, la protection des personnes faibles, voire vulnérables, fait également partie des critères justifiant la limite aux libertés fondamentales, et notamment à la liberté sexuelle, peu importe le consentement donné (2).

⁶⁸³ *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni* (au principal et satisfaction équitable) (au principal et satisfaction équitable), n°21627/93; 21826/93; 21974/93, arrêt du 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, D.1998, p. 97, J.-M. Larralde, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=laskey&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>.

⁶⁸⁴ D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 631, p. 57.

⁶⁸⁵ G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 49, p. 609 et suiv.; C.crim., art. 273 .1 et 273.2.

1) La limite fondée sur le critère du « préjudice » : de la morale déguisée

Le principe du « préjudice » est devenu un des critères justifiant les limites apportées au principe d'autonomie personnelle et notamment à la liberté sexuelle des individus⁶⁸⁶. En effet, « la notion de « préjudice » sert souvent de base pour la définition de ce qui constitue un acte criminel »⁶⁸⁷ et permet de justifier l'ingérence de l'État dans la vie privée des personnes pour empêcher toute nuisance sur autrui, mais également sur soi-même⁶⁸⁸. La protection de ces dernières passe ainsi par une restriction de la liberté d'expression, corollaire du droit au respect de la vie privée, dans un souci de sécurité qui, en définitive, n'est qu'une préoccupation morale et paternaliste. En effet, « l'approche fondée sur le préjudice n'est que du moralisme déguisé »⁶⁸⁹. Ce changement de paradigme ne fait que refléter le malaise contemporain à l'égard de la morale, qui est pourtant présente, que nous le voulions ou non, dans le droit criminel. C'est ainsi que le problème du sadomasochisme apparaît. Il démontre, par ailleurs, la difficulté pour les juges d'adopter une position constante en matière sexuelle, qui fait indéniablement appel à des préoccupations morales. Autrement dit, il s'agit de trouver l'équilibre entre, d'une part, la liberté sexuelle et, d'autre part, la sécurité des personnes.

Cette pratique sexuelle, le sadomasochisme, a été jugée plusieurs fois aussi bien en droit canadien qu'eupéen, avec des répercussions en droit interne français, sans pour autant tenir une ligne de conduite linéaire. La CEDH a affirmé, dans un premier temps, que ce type de comportements pouvait engendrer certains dommages corporels et peu importe

⁶⁸⁶ Voir : T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

⁶⁸⁷ COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, JL2-21\2003, Document de discussion, Ottawa, 2003, en ligne : <http://www.lcc.gc.ca/about/2003_dis_paper_toc-fr.asp>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3.

⁶⁸⁸ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, § 124 : « Le Canada possède encore des lois paternalistes. Le port obligatoire de la ceinture pour les automobilistes et du casque protecteur pour les motocyclistes vise à « protéger les citoyens malgré eux ». Il n'existe pas de consensus selon lequel ce genre de mesures heurterait notre conception de la justice en tant que société. Le caractère convenable de l'emprisonnement comme peine applicable à l'égard d'une telle infraction est une tout autre question. Toutefois, c'est la validité de la peine prévue — et non l'interdiction du comportement visé — qui est contestée ».

⁶⁸⁹ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 287; B. COSSMAN, préc., note 287, p. 208 ; T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

qu'ils aient été consentis dans un cadre sexuel⁶⁹⁰. Autrement dit, le seul fait d'avoir un préjudice suffit à caractériser l'infraction sans considération sur la nature de la relation, qu'elle soit sexuelle ou non. La CEDH, en ne faisant aucune différence de traitement entre les rapports sexuels ou non, essaie d'adopter une position neutre en évacuant toute trace de moralité sexuelle. Or, les juges ont décidé d'appliquer une protection fondée sur la morale en imposant une norme de comportement selon la dignité fondamentale⁶⁹¹, même s'ils justifient leur intervention sur la protection de la santé publique⁶⁹². Dès lors, pour limiter les comportements sexuels comme le sadomasochisme, la CEDH a préféré se référer à la nuisance à la santé plutôt que d'user du principe de dignité de la personne humaine qui permet de justifier un cas et son contraire. Mais également, elle a sanctionné les requérants sadomasochistes aux motifs qu'il y avait seulement une possibilité de préjudice pour la santé de la victime. C'est ainsi que « [v]oilà donc un nouvel aménagement du principe du droit pénal moderne, reconnu comme parfaitement légitime par la Cour européenne des droits de l'homme »⁶⁹³. Cette décision est, par conséquent, assez maladroite et, finalement, il ne s'agit que d'une pirouette terminologique de la part des juges européens pour contrôler les comportements sexuels, voire la preuve d'un certain paternalisme en matière sexuelle. Toutefois, dans un second temps, la CEDH a choisi de procéder à un revirement avec l'arrêt *K.A. et A.D. c. Belgique*⁶⁹⁴, même si « elle n'a pas clairement pris position sur la prohibition ou non du sadomasochisme et a renvoyé la question aux États parties »⁶⁹⁵. En effet, dans cette espèce, les juges consacrent le moyen évoqué par les requérants de l'arrêt précédent, à savoir que les pratiques sadomasochistes relèvent de la morale privée et exclusivement du domaine sexuel privé⁶⁹⁶. Elle consacre l'autonomie personnelle des

⁶⁹⁰ CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., note 683, § 43 : « La Cour estime que l'un des rôles incontestablement dévolu à l'État est la régulation, par le jeu du droit pénal, des pratiques qui entraînent des dommages corporels. Que ces actes soient commis dans un cadre sexuel ou autre n'y change rien ».

⁶⁹¹ J. POUSSON, préc., note 415, p. 150 et 151.

⁶⁹² CEDH, *Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni*, préc., note 683, § 44 : « Le choix du niveau de dommage que la loi doit tolérer lorsque la victime est consentante revient en premier lieu à l'État concerné car l'enjeu est lié, d'une part, à des considérations de santé publique et à l'effet dissuasif du droit pénal en général et, d'autre part, au libre arbitre de l'individu ».

⁶⁹³ O. CAYLA, préc., note 555, p. 103.

⁶⁹⁴ CEDH, 17 fév. 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, préc., note 609.

⁶⁹⁵ « En effet lorsque sur une question juridique donnée mettant en cause des droits fondamentaux, les systèmes juridiques nationaux sont éclatés et en dégagent pas une tendance majoritaire, la Cour européenne des droits de l'homme reste plus prudente et accorde aux États une marge d'appréciation importante. (...) On assiste à une véritable démission de son rôle » (MASTER 2 DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ BORDEAUX IV, préc., note 113, p. 3).

⁶⁹⁶ CEDH, 19 fév. 1997, préc., note 683, § 45 : « Les requérants soulignent qu'en l'espèce, les pratiques litigieuses relevaient de la morale privée, qui échappe à la sphère d'intervention de l'État. Selon eux, les chefs de poursuite et condamnation concernaient exclusivement le comportement sexuel privé ».

individus et la liberté sexuelle par la même occasion, tout en laissant les États membres souverains dans leur approche face au sadomasochisme, donc de la sexualité.

L'État a, par conséquent, besoin de contrôler la sexualité de ses citoyens et ainsi limiter la liberté reconnue à ces derniers sur le fondement de préoccupations nouvelles. En effet, même si la *Charte canadienne* consacre l'autonomie personnelle qui est une variante de la conception du droit à la liberté⁶⁹⁷, la Cour suprême du Canada est intervenue pour limiter cette dernière en permettant à l'État de protéger l'individu contre lui-même. D'ailleurs, l'article 7 de ce texte constitutionnel prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne ». C'est ainsi que, dès qu'un préjudice est susceptible d'être causé, l'intervention de l'État est légitime. Or, même s'il faut un préjudice, un dommage, pour qualifier une infraction, parfois ce dernier est mis en lumière par les juges de manière maladroite, pour légitimer leur intervention et ainsi sanctionner des comportements qu'ils considèrent comme immoraux dans notre société. L'arrêt *R. c. Labaye*⁶⁹⁸ est une bonne illustration de cette ingérence. En effet, dans cette espèce, les juges ont fait référence à l'existence d'un risque de préjudice, à savoir le risque de maladies transmissibles sexuellement dans des activités sexuelles de groupe orchestrées dans une maison de débauche pour qualifier ces actes d'indécence. Les juges de la Cour suprême du Canada n'ont pas retenu cette argumentation aux motifs que « l'indécence se rapporte aux mœurs sexuelles et non à des questions de santé; une maladie peut être transmise par des actes sexuels qui ne sont pas indécents, et ne pas l'être par des actes sexuels indécents »⁶⁹⁹. Autrement dit, « ce risque n'est qu'une conséquence inévitable de toute relation sexuelle non protégée, qu'elle puisse être sanctionnée criminellement ou non »⁷⁰⁰. Ce raisonnement irrationnel rejoint celui tenu par la CEDH, avant son revirement. La protection de la santé devient une justification à l'ingérence de l'État dans la vie privée des individus car un risque de préjudice peut être causé⁷⁰¹. Or, le droit criminel a une vocation universelle et

⁶⁹⁷ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7.

⁶⁹⁸ *R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80. Voir : T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

⁶⁹⁹ *Id.*, *R. c. Labaye*, § 51; *R. c. Kouri*, [2005] 3 R.C.S. 789, 2005 CSC 81; Tristan DESJARDINS, « Échanger est-il péché? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye* » (2004) 45 *C.deD.* 767, à la page 782 et 783 : « De surcroît, il apparaît profondément illogique de conclure à l'indécence d'actes sexuels explicites sur la base du fléau que représentent aujourd'hui les MTS ».

⁷⁰⁰ *Id.*, T. DESJARDINS.

⁷⁰¹ *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 688 : « Même si le « principe du préjudice » invoqué par les accusés pouvait être qualifié de principe juridique, il ne satisferait pas aux autres conditions. Tout d'abord, il

d'intérêt public alors qu'il semble, désormais, plus se préoccuper des intérêts particuliers de chaque individu pris dans sa seule dignité personnelle.

En droit français, le sadomasochisme est sanctionné au nom de la dignité universelle, même s'il s'agit plus vraisemblablement d'une dignité personnelle, puisque le but est de protéger les personnes contre les violences dans le cadre d'une activité sexuelle sans prendre en compte le consentement de la personne violentée, tel que cela fut le cas pour l'affaire du « lancer de nains »⁷⁰². En effet, le droit pénal français ne sanctionne pas expressément cette pratique sexuelle⁷⁰³. Toutefois, elle peut être qualifiée de violence sur autrui⁷⁰⁴ ou de tortures et acte de barbarie⁷⁰⁵. Autrement dit, il est impossible de fouetter son partenaire même s'il le demande dans l'intimité, malgré la philosophie contractualiste du droit actuel⁷⁰⁶. De ce fait, le critère du préjudice permet de limiter cette autonomie personnelle en intervenant dès qu'un dommage est susceptible d'être effectué, même en présence d'un consentement qui devient seulement accessoire⁷⁰⁷. Dans tous les cas, il est logique que l'État intervienne dans les relations violentes qui causent des dommages importants et, peu importe qu'elles soient sexuelles ou non. En effet, tout préjudice grave engendre nécessairement l'intervention de l'État⁷⁰⁸, notamment lorsque la dignité de la personne humaine est atteinte, dans le sens que nous sommes en présence de traitements dégradants

n'existe pas un consensus sur le caractère primordial ou fondamental de ce principe dans la notion de justice pénale au sein de notre société. Bien que l'existence d'un préjudice causé à autrui puisse justifier le Parlement de légiférer en vertu de sa compétence en matière de droit criminel, l'absence de preuve de l'existence d'un préjudice ne constitue pas, au regard de l'art. 7, un obstacle absolu à l'adoption d'une mesure législative. Il n'y a pas non plus consensus quant à l'importance déterminante de la distinction entre le préjudice à autrui et le préjudice à soi-même. Finalement, le principe du préjudice ne constitue pas une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ».

⁷⁰² CE, 27 oct. 1995, préc., note 507.

⁷⁰³ Voir : C.cass.crim., 06 janv. 1998, *Rev.dr.pén.*, 1999, p. 562-572; *Rev.trim.dr.fam.*, 2000, p. 203-212; *Rev.dr.pén.*, 1999, somm., p. 663 et 664 : « Attendu que les pratiques sadomasochistes ne sont pas qualifiées par la loi pénale comme constituant un comportement punissable autonome; que, toutefois, par leur nature, elles répondent à la qualification du délit de blessures ou coups volontaires, prévu par les articles 392, 398 et suivants du Code pénal; Attendu qu'est punissable en vertu de ces articles, quiconque aura volontairement fait des blessures ou porté des coups, avec le dessein d'attenter à la personne d'un individu déterminé, ou de celui qui sera trouvé ou rencontré »; D. BORRILLO, « Liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 231, p. 57.

⁷⁰⁴ C.pén., art. 222-13.

⁷⁰⁵ C.pén., art. 222-1.

⁷⁰⁶ D. BORRILLO, « Peut-on fouetter son partenaire s'il le demande? », préc., note 246, p. 50.

⁷⁰⁷ Il ne faut pas oublier le principe en droit français que peu importe le consentement de la victime, l'infraction est constituée.

⁷⁰⁸ « Comme de nombreuses actions peuvent être « nuisibles », et qu'il existe dans la société plusieurs autres moyens de maîtriser ces comportements ou de les combattre, on ne doit recourir au droit pénal que lorsque le préjudice causé ou susceptible d'être causé à la société est grave, et que les autres moyens moins coercitifs et moins interventionnistes n'ont pas fonctionné ou apparaissent contre-indiqués » (COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 15).

et déshumanisants. Or, le simple jeu sadomasochiste ne doit pas rentrer dans cette catégorisation vu qu'il ne s'agit pas, en principe, d'affliger de graves dommages à la personne qui reste consentante à ces derniers. D'ailleurs, un parallèle peut être effectué avec certains sports violents, comme la boxe, qui sont tolérés par le droit. Donc pourquoi ce traitement différent en matière sexuelle? Le consentement ne devient que secondaire même s'il relève de la vie privée des individus. En outre, le viol entre époux constitue une infraction pénale alors qu'il en a été longtemps différemment⁷⁰⁹. La sécurité des personnes paraît être la tendance juridique actuelle et plus spécialement en matière de sexualité⁷¹⁰. Il ne faut plus aucun risque de préjudice et notamment pour la santé. Il y a donc eu un certain changement de paradigme, à savoir le bannissement de l'aspect moral au profit de celui du préjudice qui rejoint incontestablement le premier, même si tout le monde s'en défend⁷¹¹.

De ce fait, de nombreux comportements sexuels pourraient être limités et plus spécialement ceux qui sont visibles sur le réseau Internet. En effet, ce dernier présente un certain penchant pour des actes sexuels extrêmes qui causent vraisemblablement des préjudices à la personne. C'est ainsi que la pornographie pourrait très bien être interdite sur le fondement de ce critère du préjudice et, plus spécialement, sur celui de la protection de la santé, surtout, qu'il ne faut pas oublier qu'elle porte atteinte à la dignité personnelle des acteurs. Ceci explique donc l'ingérence étatique qui revient à de la morale paternaliste⁷¹² et vient conforter l'idée que l'État ne fait que tolérer certains actes sexuels. Il est alors clair que le problème de la pornographie des adultes renvoie à celui de la pédopornographie⁷¹³ et que le réel problème est l'exploitation sexuelle des personnes faibles, qu'elles soient adultes ou non.

⁷⁰⁹ *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006*, préc., note 87.

⁷¹⁰ Michel FOUCAULT, *Dits et écrits 1976-1979*, tome III. Paris, Gallimard, 1994, p. 766 et 776: « Et la sexualité ne sera plus une conduite avec certaines interdictions précises; mais la sexualité, ça va devenir une espèce de danger qui rôde, une sorte de fantôme omniprésent, fantôme qui va se jouer entre hommes et femmes, entre enfants et adultes, et éventuellement entre adultes entre eux, etc. La sexualité va devenir cette menace dans toutes les relations sociales, dans tous les rapports d'âges, dans tous les rapports d'individus ».

⁷¹¹ « La libération sexuelle a rêvé d'en finir avec les normes, mais c'est une illusion. Les normes se déplacent sans disparaître » (Propos de Éric FASSIN, dans Alexandre LACROIX, « La sexualité est-elle une affaire politique? », (mars 2007) 7 *Philosophie* 52-53).

⁷¹² *Id.* D'ailleurs, l'auteur Daniel BORRILLO énonce que « notre système juridique devient paternaliste. Peu importe votre consentement, les juges estiment qu'ils savent mieux que vous ce qui est bien pour vous ».

⁷¹³ P. BENSIMON, préc., note 229, p. 38.

2) La protection des personnes vulnérables : un but légitime pour contrôler la sexualité

La protection des personnes vulnérables ou faibles représente un objectif légitime et raisonnable à la limite de la liberté sexuelle et donc à l'ingérence étatique dans la vie privée des individus⁷¹⁴. D'ailleurs, il s'agit d'une prérogative régaliennne de protéger les plus faibles, comme les adultes et les mineurs⁷¹⁵, sans distinction, de toutes exploitations sexuelles ou non. Chacun de nous, en raison de notre dignité personnelle, doit être en sécurité en vertu du contrat social passé avec l'État qui détient, lui seul, le pouvoir de sanctionner et de protéger ceux qui en ont besoin. C'est ainsi que le facteur de vulnérabilité est essentiel, voire d'ordre public, car il fait appel à des valeurs fondamentales, notamment morales. En effet, protéger le plus faible contre le plus fort a toujours été dans toutes les sociétés et à travers les siècles un but ultime, même si les termes ont évolué⁷¹⁶. Le consentement de la personne vulnérable, dans ce cas, ne peut être pris en compte de manière libre et éclairé puisqu'il y a « toujours de l'aliénation dans le consentement »⁷¹⁷. Le principe de l'autonomie personnelle ne peut, d'aucune manière, justifier que ces personnes se fassent exploiter, même sexuellement⁷¹⁸. Le problème de la liberté sexuelle a indéniablement des répercussions sur celle accordée aux adolescents, capables sexuellement⁷¹⁹.

⁷¹⁴ John Stuart MILL, *De la liberté* (1990), trad. Laurence Lenglet, paris, Gallimard, 1990, p. 74 et 75 : « La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de la force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire aux autres. (...) cette doctrine n'entend s'appliquer qu'aux êtres humains dans la maturité de leurs facultés. (...) Ceux qui sont encore dépendants des soins d'autrui doivent être protégés contre leurs propres actions aussi bien que contre les risques extérieurs ».

⁷¹⁵ Les mineurs sont considérés comme des personnes vulnérables (*R. c. Hamelin*, (1991) 39 Q.A.C. 68, *R. c. D. B.*, 2004 IIJCan 32199 (QC C.Q.); *R. c. M.P.*, 2005 QCCA 7).

⁷¹⁶ Par exemple, il a fallu protéger le peuple contre le pouvoir seigneurial, puis le peuple contre les bourgeois et les nobles, et enfin, les ouvriers contre le capitalisme (la lutte des classes). Dans tous les cas, il s'agit souvent de la protection des pauvres contre les riches, des faibles contre les plus forts. D'ailleurs, la pornographie a commencé à être réglementée pour protéger les mœurs du peuple alors qu'elle était présente dans la noblesse. Voir : J.-C. GUILLEBAUD, préc., note 624.

⁷¹⁷ M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », préc., note 625, p. 35 : « En définitive, en revendiquant la toute puissance du consentement au nom de la liberté, on donne à voir et à vivre pour tous, une société où les pauvres sont au service des riches, les faibles au service des puissants ».

⁷¹⁸ *Id.*, p. 38 : « Le droit à la liberté individuelle ou à l'autonomie personnelle déduit du droit au respect à la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne ne doit donc en aucun cas pouvoir être invoqué pour valider le consentement et la renonciation par une personne à son intégrité corporelle, dans la mesure où celle-ci constitue un droit de l'homme ».

⁷¹⁹ C'est ainsi qu'« [u]n mineur n'est pas en mesure de donner son consentement, même s'il semble dire « oui ». C'est cette absence de véritable consentement qui, à elle seule, constitue le principal facteur d'illégalité » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, préc., note 55, p. 11).

De manière générale, l'intervention étatique intervient dans l'intérêt collectif pour le bonheur de tous sans considération pour l'âge ou le sexe. Il s'agit de respecter la dignité fondamentale de la personne humaine qui représente le bien commun de tous. C'est ainsi que le consentement n'est pas une condition suffisante pour valider un acte sexuel ou non car, dans tous les cas, il n'efface pas la nature criminelle de ce dernier, puisque la vulnérabilité de la victime prime⁷²⁰. En effet, le droit doit protéger ceux qui ne peuvent pas le faire par eux-mêmes et, invalider leur consentement pour leur bien-être en restreignant la liberté d'autrui. Il est donc clair que « [l]a privation de liberté apparaît dès lors comme le « compromis » nécessaire au bien-être de tous »⁷²¹. Ce dernier s'exprime par un certain contrôle des comportements des individus, notamment en matière sexuelle, dans un esprit de sécurité des personnes ou d'une catégorie de personnes présentant des caractères vulnérables en raison de leur âge, de leur sexe ou de déficiences mentales. Mais jusqu'à quel point l'État doit-il se montrer paternaliste et intervenir dans la vie privée des individus?

La Cour suprême du Canada a rendu deux arrêts qui viennent confirmer cette idée de sécurité des personnes au détriment de leur consentement et de leur autonomie personnelle. En effet, les affaires *R. c. Malmo-Levine* et *R. c. Caine*⁷²² affirment clairement que lorsqu'un préjudice est à craindre, « même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette » »⁷²³, pour une certaine catégorie de la société particulièrement vulnérable, le Parlement se voit octroyer le pouvoir d'agir afin de favoriser la protection de ces personnes. Il ne faut pas oublier que « le droit criminel englobe les lois favorisant la paix, la sécurité, l'ordre ou la santé publics et tout autre objectif public légitime »⁷²⁴. Ces derniers donnent donc au législateur le pouvoir d'intervenir, même au nom de la morale, dans la vie privée des individus, et notamment dans leur mode de vie, même s'ils possèdent une autonomie personnelle de plus en plus forte. Et ceci, de manière accrue lorsqu'ils présentent un caractère de vulnérabilité. Cette intervention doit être justifiée et légitime. C'est ainsi qu'au nom de la protection des personnes faibles, telles que « les adolescents qui ont déjà des résultats scolaires médiocres, les femmes enceintes et les

⁷²⁰ Il en de même de la traite des êtres humains qui est considérée comme l'exploitation de la victime même si cette dernière a donné son consentement.

⁷²¹ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 24.

⁷²² *R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, préc., note 688.

⁷²³ *Id.*, § 78.

⁷²⁴ *Id.*, § 66-72.

personnes qui souffrent d'affections préexistantes comme des maladies cardiovasculaires, des troubles respiratoires, la schizophrénie ou d'autres toxicomanies »⁷²⁵, la Cour suprême du Canada a décidé que l'État avait un intérêt suffisant pour légiférer et ainsi criminaliser la simple possession de marijuana qui porte atteinte à la santé collective de la société. Le critère du préjudice permet ainsi de protéger la catégorie des personnes vulnérables, qu'il soit direct ou indirect, qu'il soit réel ou présentant seulement un risque⁷²⁶. Il comporte, de ce fait, une certaine coloration morale. Cette décision démontre indéniablement l'aspect paternaliste du législateur qui sait mieux que ces citoyens ce qui est mieux pour eux en instaurant une norme de comportement à adopter, pas forcément très rationnelle⁷²⁷. Autrement dit, l'État intervient dans le rapport envers soi-même et non plus parce qu'autrui est présent. Il s'agit alors de protéger l'individu contre lui-même, ce qui peut conduire à certains abus de la part de l'État. Il en va ainsi en ce qui concerne le domaine de la sexualité, malgré une certaine libéralisation de cette dernière, garantie par le principe de l'autonomie personnelle et la dignité personnelle.

Par exemple, le régime juridique relatif à la prostitution diffère selon les valeurs religieuses, culturelles et morales d'un pays. C'est ainsi que la France réprime toutes les formes de proxénétisme et, en fait une circonstance aggravante dans certains cas, à savoir la traite des êtres humains et en cas de minorité des victimes⁷²⁸. Il s'agit d'un régime abolitionniste. En d'autres termes, le législateur français, et son homologue canadien, reconnaissent qu'une

⁷²⁵ *Id.*, § 3.

⁷²⁶ *Id.*, § 76 : « Dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, nous avons confirmé la constitutionnalité du par. 163.1 (4) du *Code criminel*, qui interdit la possession de pornographie juvénile, en signalant qu'une atteinte à la liberté d'expression visant à prévenir un préjudice menaçant des membres vulnérables de la société constitue une mesure valide. De même, dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 497, notre Cour a conclu que « l'interdiction de l'obscénité dans un texte législatif constitue un objectif valide qui justifie une certaine atteinte au droit à la liberté d'expression ». Ce faisant, nous avons souligné les répercussions de l'exploitation des femmes et des enfants dans les publications et les films, phénomène qui peut dans certaines circonstances conduire à une « victimisation abjecte et servile ». Dans *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, nous avons conclu que les limites apportées à la liberté d'expression par la disposition du *Code criminel* relative à la propagande haineuse étaient justifiées au regard de l'article premier, en raison du risque d'agression contre des minorités ».

⁷²⁷ *Id.*, (j. ARBOUR, dissident) : « Le fait d'envoyer des personnes vulnérables en prison pour les protéger contre elles-mêmes ne respecte pas le principe du préjudice en tant que principe de justice fondamentale. De même, le fait que certaines personnes vulnérables puissent se faire du tort en consommant de la marijuana n'est pas une raison suffisante pour emprisonner d'autres personnes se livrant à cette activité. L'État ne peut pas, en les menaçant d'emprisonnement, empêcher tous les justiciables d'adopter un comportement qui ne leur est pas préjudiciable, pour le motif que d'autres personnes plus vulnérables pourraient se faire du tort si elles adoptaient ce comportement, particulièrement si on reconnaît que l'emprisonnement ne serait pas une mesure appropriée pour les groupes vulnérables visés ».

⁷²⁸ C.pén., art. 225-5 et suiv.; C.crim., art. 212 et suiv.

personne puisse vendre ses faveurs sexuelles. Le consommateur appelé le client est responsable de l'augmentation de l'offre et, par conséquent, du développement du marché de la prostitution. En effet, plus il y a de demande, plus l'offre va augmenter. Ce schéma peut également être appliqué aux autres comportements sexuels, comme la pornographie mettant en scène des personnes dites vulnérables, telles que les mineurs. Mais là encore, il n'y a pas de consensus sur la manière d'aborder la prostitution. En effet, d'autres pays européens ont, pour leur part, choisi un régime plus libertaire dans ce domaine⁷²⁹. La sexualité ne possède donc pas de consensus, même au sein de l'Europe, et encore plus, au niveau mondial. Toutefois, le législateur démontre un certain engouement à vouloir protéger les individus en contrôlant leur comportement sexuel au nom de leur sécurité, puisqu'ils sont vulnérables, surtout que nous nous inscrivons dans une « société de risque »⁷³⁰ où ce dernier doit être combattu ou diminué le plus possible. C'est pour cette raison que le discours juridique relatif à la sexualité présente des disparités qui, forcément, se répercutent sur le régime applicable aux mineurs. Or, la notion de « sécurité », qui renvoie à celui de « préjudice », comporte une certaine coloration morale, même s'il est clair que le droit criminel se veut de plus en plus objectif et neutre.

Section2: La protection traditionnelle de la « moralité publique » : le fondement de l'ordre public

L'approche de la sexualité, choisie par le législateur canadien ou français, produit indéniablement certains impacts sur la société et la réglementation relative aux personnes vulnérables, comme les mineurs. En effet, « un conflit est perceptible entre les droits de l'enfant à être protégé contre la négligence et les droits de l'adulte à la vie privée et à la liberté d'expression et d'opinion »⁷³¹. Ce conflit varie d'un pays à l'autre en fonction des traditions, des coutumes, des religions et des cultures. Il est donc difficile de trouver un

⁷²⁹ Il s'agit du cas des Pays-Bas et de l'Allemagne qui légalisent la prostitution et une partie du proxénétisme, alors que la Suède pénalise les clients.

⁷³⁰ « Beck a employé la notion de société du risque pour désigner « une phase de l'évolution de la société moderne dans laquelle les risques sociaux, politiques, écologiques et individuels engendrés par la dynamique du renouvellement, se soustraient de plus en plus aux instances de contrôle et de sécurité de la société industrielle » (Alvaro P. PIRÈS, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) XXXIII.1 *Sociologie et Sociétés* 179-204, à la page 188, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/rationalite_penale/rationalite_penale.doc> et <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001562ar.pdf>> (consulté le 23 sept. 2009)) ; Voir : Ulrich BECK, *La Société du risque - Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2003.

⁷³¹ ECPAT International, préc., note 376, p. 22.

consensus sur la sexualité même si certains pays semblent avoir des conceptions morales assez similaires dans le domaine. C'est ainsi que le Canada et la France, pour faire respecter la moralité, d'ordre public, et protéger les personnes plus faibles, se réfèrent aux valeurs morales de la société sous couvert de critères soi-disant neutres. En effet, les juges doivent alors « se référer à l'état de la société contemporaine, plus tolérante aujourd'hui que dans le passé »⁷³². Autrement dit, ils ne prennent en compte que la conception de la morale dominante, ce qui rend difficile cette neutralité dans le domaine de la sexualité (I). Toutefois, les tribunaux, toujours dans cette optique d'être le plus objectif possible, emploient des critères pluridisciplinaires afin de justifier et légitimer de manière scientifique toutes atteintes aux libertés fondamentales (II).

I. Une neutralité morale difficile à obtenir

Les comportements sexuels, qui appellent la sanction juridique, sont ceux qui sont dégradants et déshumanisants pour la personne humaine puisqu'ils vont à l'encontre de la dignité de la personne humaine. En effet, ces derniers provoquent un préjudice aussi bien à la personne en tant que telle qu'à la société toute entière, ce qui entraîne une protection, notamment lorsqu'il s'agit d'une personne vulnérable, telle que les mineurs⁷³³. C'est ainsi que le consentement n'est pas pris en compte même si le principe de l'autonomie personnelle prend une place de plus en plus prépondérante en matière sexuelle. Nous sommes alors face à un certain paradoxe entre, d'une part, une liberté sexuelle reconnue par le législateur et la jurisprudence, et d'autre part, un certain paternalisme fondé sur la morale

⁷³² TGI Paris, 8 nov. 1976, D.1977. 320, note Rolland; J.C.P.1979.II.19044, note Blin.

⁷³³ « Il est de plus en plus reconnu, dans la jurisprudence récente, que le matériel dont on peut dire qu'il exploite les choses sexuelles d'une façon « dégradante ou déshumanisante » échouera nécessairement le test des normes sociales. (...) Notamment, le matériel dégradant ou déshumanisant place des femmes (et parfois des hommes) en état de subordination, de soumission avilissante ou d'humiliation. Il est contraire aux principes d'égalité et de dignité de tous les êtres humains. Pour déterminer si du matériel est dégradant ou déshumanisant, l'apparence de consentement n'est pas nécessairement déterminante. Le consentement ne saurait permettre de sauvegarder du matériel qui, par ailleurs, renferme des scènes dégradantes ou déshumanisantes. Parfois, l'apparence même de consentement rend les actes représentés encore plus dégradants ou déshumanisants. Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société » (*R. c. Butler*, préc., note 280). Ces propos peuvent valablement s'appliquer aux enfants. En effet, il est admis que l'enfant ne donne jamais son consentement en ce qui concerne les relations sexuelles et que le préjudice qu'une personne lui inflige, se répercute automatiquement sur l'ensemble de la société.

et la sécurité des personnes. L'équilibre entre les deux n'est pas clair puisque le législateur semble vouloir instaurer une certaine norme de comportements sexuels à adopter notamment sur le réseau Internet alors que les individus et, plus spécialement, les internautes, veulent garder cette liberté d'expression si chère à leurs yeux. Les tribunaux, pour légitimer leur intervention dans le domaine de la sexualité qui fait indéniablement appel à une certaine émotion, font référence au critère de « la norme de tolérance » pour justifier le préjudice créé par le comportement sexuel reproché, et ainsi revenir à un ordre public de direction, à savoir prendre en compte l'intérêt collectif de la société au nom de la protection de la moralité publique et des mineurs (A). En effet, le simple fait que l'acte sexuel soit contraire à la dignité de la personne humaine suffit à le rendre intolérable par la société et donc à être interdit. Autrement dit, la référence à la norme de tolérance de la société revient à appliquer la morale dominante de nos sociétés actuelles ce qui équivaut à confondre, en quelque sorte, la morale avec le droit dans ce domaine (B).

A) Le critère de la « norme sociale de tolérance » : le préjudice d'un vaut pour tous

Pour tenir compte de l'évolution des mœurs, centrale dans l'approche juridique de la pornographie, les juges se réfèrent à une « norme sociale de tolérance », critère soi-disant plus objectif⁷³⁴. En effet, le tribunal doit ainsi « se référer à l'état de la société contemporaine, plus tolérante aujourd'hui que dans le passé »⁷³⁵. En d'autres termes, le juge représente le gardien des valeurs fondamentales de la société⁷³⁶. Il doit ainsi tenir compte de l'évolution constante des mœurs pour juger si tel ou tel comportement sexuel, en l'occurrence, est licite ou non dans notre société⁷³⁷. Or, nous sommes dans une société hypersexualisée qui utilise, même dans la publicité, les codes pornographiques à

⁷³⁴ Notion dégagée pour définir l'obscénité dans l'arrêt *R. c. Brodie* (préc., note 341). Il s'agit d'une norme nationale (*R. c. Butler*, préc., note 280) qui est donc celle de l'ensemble des canadiens vivant en milieux urbain et rural d'un bout à l'autre du pays (*R. v. MacMillan Company of Canada Ltd.* (1976), 31 C.C.C. (2d) 286, p. 322 (Cour du comté du district de York, Ont.). Voir : T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

⁷³⁵ TGI Paris, 8 nov. 1976, préc., note 732.

⁷³⁶ *R. c. Butler*, préc., note 280: « la cour la « gardienne des mœurs publics » ».

⁷³⁷ *Id.*, 452-477. En effet, « les normes sociales doivent être contemporaines. Les temps et les idées changent ».

outrance⁷³⁸. C'est ainsi que « l'horreur et le sexe sont ainsi fréquemment exploités de manière humoristique, où la recherche d'un second degré dédramatise les scènes évoquées et réduit considérablement l'effet négatif de leur perception »⁷³⁹. La pédophilie, la zoophilie, voire le viol, sont ainsi suggérés dans des annonces publicitaires sous le regard quotidien de la société toute entière et donc des mineurs. N'y a-t-il pas, de ce fait, une certaine banalisation de la sexualité, même dans ce qu'elle a de plus répréhensible? En raison de l'évolution de la société vers une sexualité quotidienne, le législateur accompagné par les juges, ne doivent-ils pas sauvegarder une certaine morale des mœurs, voire, instaurer une ligne de conduite fondée sur la morale?

En effet, comme pour la pornographie,

« s'il est exact que la notion de bonnes mœurs est susceptible d'évoluer avec le temps et que sont autorisées aujourd'hui des publications d'ouvrages naguère interdites, il n'en reste pas moins que l'état des mœurs contemporain, sans doute plus libéral, impose le respect de certaines limites que le tribunal a précisément pour mission de ne pas laisser dépasser et qui répondent à un sentiment collectif, réclamant une certaine liberté mais rejetant la licence. »⁷⁴⁰

C'est ainsi que les tribunaux ont pour mission de sauvegarder la morale contre certaines dérives, notamment sexuelles, de plus en plus présentes sur le réseau Internet et donc dans la vie quotidienne. Le critère de la « norme sociale de tolérance » permet ainsi de garder un certain niveau de moralité. En droit canadien, cette dernière est définie selon « ce que les Canadiens ne souffriraient pas que d'autres Canadiens voient parce que ce serait outrepasser la norme contemporaine de tolérance au Canada »⁷⁴¹. Autrement dit, il s'agit d'éviter tout préjudice, particulièrement moral à la société en légiférant pour « tracer la ligne de conduite à suivre au moyen de nos lois »⁷⁴². C'est pour cette raison que le

⁷³⁸ Depuis déjà quelques années, nous sommes en présence de publicité faisant l'étalage de manière relativement explicite de la pornographie sous toutes ses formes. Ce nouveau genre s'appelle par exemple le « porno chic » qui utilise la sexualité pour vendre n'importe quoi à n'importe qui. Voir : R. DRAÏ, préc., note 465, p. 140; C. BRISSET, préc., note 369, p. 38 : « L'enfant a supplanté la famille dans les représentations publicitaires. Il est souvent le héros solitaire qui n'hésite plus à s'adresser directement à lui ».

⁷³⁹ Gilles LUGRIN, *Âmes sensibles s'abstenir...Entre surenchère homosexuelle et « glam-trash », la polémique du « Porno Chic »*, ComAnalysis, l'essence de la communication, Publication n°25, sept. 2001, en ligne : <<http://www.comanalysis.ch/ComAnalysis/Publication25.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁷⁴⁰ T. corr. Paris, 12 janv. 1972, préc., note 297.

⁷⁴¹ *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, 1985 IIJCan 75 (C.S.C.); *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 287.

⁷⁴² « Depuis l'arrêt Butler (...) la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine s'apprécie dorénavant en fonction du degré de préjudice pouvant résulter du comportement reproché » (T. DESJARDINS, « Échanger est-il péché? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne

législateur souhaite imposer une certaine ligne de conduite, voire une norme de comportement, fondée sur la morale, plus particulièrement sur Internet, en réduisant tout risque de préjudice⁷⁴³. En effet, les changements technologiques provoquent le plus souvent des changements sociaux et de nouveaux risques, qui reflètent, en général, les grandes modifications législatives en matière criminelle⁷⁴⁴ et, plus spécialement, dans le domaine de la sexualité⁷⁴⁵. Il est indéniable que le réseau a créé de nouvelles manières d'aborder cette dernière en la banalisant par le fait qu'elle est désormais plus accessible à tous et plus particulièrement aux mineurs. D'ailleurs, les scènes sexuelles entre adultes sont de plus en plus violentes, déshumanisantes et le niveau d'acceptation de la société augmente également.

Cette déferlante sexuelle par le biais des nouvelles technologies a conduit le législateur et le juge, aussi bien canadien que français, à « ralentir une évolution des mœurs qu'ils jugent contraire à une morale plus élevée, dont les règles, consacrées par de longs siècles, ont été inscrites dans les lois positives »⁷⁴⁶. C'est ainsi qu'ils « doivent tenir compte sans suivre aveuglément l'évolution des mœurs qui les amènerait à appliquer une morale empirique et facile »⁷⁴⁷. Or, actuellement, en raison notamment de cette perte de repère et ce malaise à l'égard de la morale, ils ont tendance à se montrer les gardiens d'une moralité publique

contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye* », préc., note 699, p. 774); *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, 1993 CanLII 115; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, 1997 IIJCan 363 (C.S.C.); Propos de M. Jack RAMSAY (Crowfoot), CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 15 mars 1994, 2319; M. R. MACDONALD (Darmonth), CHAMBRE DES COMMUNES, 11 mai 1993, préc., note 115, 19 295 : « S'il est une chose pour laquelle nous avons été élus, c'est pour essayer d'adopter des mesures législatives, de définir la moralité dans le règlements, de définir les paramètres de la moralité au moyen de règlements et des mesures que nous prenons »; CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303 : « en effet, la loi pénale n'a pas pour but de sanctionner la loi morale mais de réprimer les atteintes à la morale dans la seule mesure où ces atteintes sont susceptibles de devenir une cause de désordre dans la société ».

⁷⁴³ « Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. Dans ce contexte, le préjudice signifie qu'il prédispose une personne à agir de façon antisociale... Le comportement antisocial en ce sens est celui que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Plus forte sera la conclusion à l'existence d'un risque de préjudice, moins grandes seront les chances de tolérance... » (G. SANSOM, préc., note 174).

⁷⁴⁴ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 80.

⁷⁴⁵ Par exemple : l'art. 227-23 C.pén. a été modifié de nombreuses fois depuis quelques années. (*Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, préc., note 116; *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale*, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, J.O. 10 mars 2004, n°59; *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 568; *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006*, préc., note 87).

⁷⁴⁶ Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294.

⁷⁴⁷ *Id.*

désuète, voire en marge de la société⁷⁴⁸. En effet, en ayant cette fonction, une part importante de subjectivité peut en résulter ce qui engendre une certaine part d'arbitraire, notamment si les juges sont trop rigides⁷⁴⁹. C'est pour cette raison qu'il est fait référence à la « norme sociale de tolérance » ou à l'« état de la société contemporaine » pour contrebalancer la part d'appréciation laissée aux juges⁷⁵⁰. En d'autres termes, une représentation sera qualifiée de pornographique et d'obscène, si et seulement si, l'« opinion du citoyen raisonnable de la localité »⁷⁵¹ désapprouve cette dernière en raison d'une certaine émotivité fondée sur leurs conceptions morales et culturelles de l'époque actuelle⁷⁵².

Mais là encore, en plus de l'analyse subjective des juges fondée sur leurs croyances personnelles⁷⁵³, ces critères viennent mettre en exergue le discours dominant relatif à la sexualité. En effet, « ces normes sociales telles qu'elles sont définies par la Cour [suprême du Canada] s'appuient, invariablement, sur un discours idéologique dominant relatif au sexe ou, plus simplement, sur des morales sexuelles dominantes »⁷⁵⁴. Elles se forment à partir des différentes indignations collectives et réprobations publiques à l'encontre des messages à caractère pornographique, notamment lorsque le public est composé de

⁷⁴⁸ « le juge fonde son appréciation sur son opinion propre, en tant qu'« *il est le gardien et l'interprète* » du sentiment collectif de la pudeur. (...) Ces interprètes appartiennent bien à une certaine élite sociale et culturelle, dans laquelle il est permis d'inclure les juges eux-mêmes » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 119) (italiques tels que dans le texte initial). En effet, les juges représentent une catégorie de la population qui constitue une partie de l'élite qui ne reflète pas forcément l'ensemble de la société.

⁷⁴⁹ *Id.*; T. DESJARDINS, « Échanger est-il péché? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye* », préc., note 699; D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 47 : « Ainsi n'échappe-t-on jamais à la subjectivité du juge : qu'il prétende se référer à une Morale objective, fondée sur des valeurs universellement valables, ou sur le constat de ce qui, à un moment donné et en un lieu donné, est considéré comme normal par l'opinion moyenne, c'est toujours lui, en définitive, qui détermine souverainement le contenu des bonnes mœurs ».

⁷⁵⁰ « les messages qualifiés de pornographiques ne dépassent pas le seuil de tolérance socialement admissibles » (CA Paris, 2 avril 2002, préc., note 319).

⁷⁵¹ R. OGIEN, préc., note 225, p. 46.

⁷⁵² Nous verrons dans le prochain développement que ces émotions sont décrites par les juges de manière très moraliste en utilisant des qualificatifs subjectifs, tels que des « de nature à provoquer des émotions malsaines » (par exemple, C.cass.crim., 1er juin 1965, préc., note 298).

⁷⁵³ Les décisions *R. c. Labaye* (préc., note 698) et *R. c. Kouri* (préc., note 699) démontrent que « la caractérisation de l'indécence repose malheureusement davantage sur les convictions personnelles de chacun que sur une étude uniformément rigoureuse de la norme de tolérance » (T. DESJARDINS, « Échanger est-il péché? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye* », préc., note 699, p. 790); B. COSSMAN, préc., note 287, p. 187-217, à la page 193 et 194 : « Ainsi, Richard Moon a soutenu que la « subjectivité des juges (jugement de valeurs) est simplement travestie en norme sociale objective ».

⁷⁵⁴ *Id.*, B. COSSMAN, p. 204.

mineurs⁷⁵⁵. Ce sont donc les revendications, le plus souvent du groupe dominant et à caractère moral, qui sont prises en compte et forment la norme sociale de l'époque. Or, le contexte mondial des nouvelles technologies amène différentes tendances, à savoir une pluralité de conceptions morales, culturelles et religieuses qui produiront des émotions et des revendications divergentes. Autrement dit, il y a, de ce fait, « de la confusion culturelle qui accompagne la mondialisation (...) et de la transplantation de valeurs culturellement appropriées à un pays dans d'autres »⁷⁵⁶. C'est ainsi que le réseau Internet a conduit à une certaine perte de repère des valeurs. Au sein même de l'Europe, la CEDH a souligné qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractant une notion européenne uniforme de la morale »⁷⁵⁷. Nous sommes donc face à une pluralité de conceptions morales qui se traduit, selon la jurisprudence canadienne et française, par la victoire de la morale dominante dans le domaine de la sexualité⁷⁵⁸, malgré « l'absence d'un consensus européen [et mondial] sur les questions touchant à la morale *sexuelle* »⁷⁵⁹.

Par conséquent, la prise en compte des réactions émotives de la majorité dans le domaine de la sexualité représente indéniablement une expression moraliste qui n'accorde « aucune considération à celles des minorités [et] ne serait pas vraiment conforme aux principes d'une société dite « libérale » ou « tolérante » ou « pluraliste » »⁷⁶⁰. Dans tous les cas, la censure est fondée sur l'existence d'un risque de préjudice subjectif, basé lui-même sur la

⁷⁵⁵ Un comportement sera considéré comme contraire à la moralité publique s'il « heurte le niveau moral moyen de la population et entraîne, de ce fait, un scandale public » comme cela est souvent le cas en présence de pédopornographie circulant sur le réseau Internet. (D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 44).

⁷⁵⁶ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *Mondialisation et incitation à consommer*, préc., note 405.

⁷⁵⁷ *Handyside c. Royaume-Uni* (au principal), n°5493/72, arrêt du 7 déc. 1976, série A n°24, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=handyside&sessionId=30882264&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), § 48; Pierre-François DOCQUIR, *Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, mai 2002, en ligne : Droit et Nouvelles technologies <<http://www.droit-technologie.org>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 14.

⁷⁵⁸ B. COSSMAN, préc., note 287, p. 194 : « Bien que la Cour [suprême du Canada] ait affirmé le contraire, le critère de la norme sociale de tolérance ne fait sens qu'en relation avec cette morale sexuelle conservatrice sous-jacente ».

⁷⁵⁹ D. ROETS, « L'influence des droits européens sur le droit pénal français de la sexualité », préc., note 256, p. 109.

⁷⁶⁰ R. OGIER, préc., note 225, p. 127; B. COSSMAN, préc., note 287, p. 202-204 : « La norme de tolérance est un parti pris majoritaire, qui étouffe les discours minoritaires »; D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 46; R. c. *Butler*, préc., note 280 : « D.Dyzenhaus, « Obscenity and the Charter : Autonomy and Equality » (1991), 1 C.R. (4th) 367, à la p.370, dit qu'il s'agit là d'une [Traduction] « moralisme légal », d'une majorité qui décide quelles sont les valeurs qui devraient guider la vie de chacun, pour ensuite imposer ces valeurs aux minorités ».

« norme sociale de tolérance » qui ne représente que les conceptions morales dominantes d'une société donnée, dont l'objectif principal est la protection de la moralité publique. Le juge, en n'étant qu'un « simple témoin de son temps », « n'en reste pas moins en dernière analyse interprète des mentalités de son temps »⁷⁶¹. En conséquence, « la prétendue morale sociale risque bien (...), de recouvrir souvent la morale philosophique ou religieuse à laquelle adhèrent personnellement les témoins ou les experts consultés, voire celle à laquelle adhère le juge lui-même »⁷⁶².

B) Une réelle corrélation entre le droit et la morale : contrecarrer la perte de repères moraux et culturels

Il est clair que le domaine relatif à la sexualité rivalise, ou du moins, est en corrélation avec celui de la morale. En effet, lorsque nous intervenons dans la vie sexuelle des individus, l'aspect moral vient s'y mêler. D'ailleurs, l'histoire le montre précisément avec les notions juridiques « d'outrage aux bonnes mœurs » ou de « moralité publique » qui possèdent une certaine coloration morale⁷⁶³. Malgré ces vocables pourtant significatifs de l'imposition d'une morale collective, certains positivistes, par exemple H.L.A. Hart, pensent qu'il n'existerait pas de lien conceptuel entre le droit et la morale mais qu'il y aurait séparation entre eux⁷⁶⁴. Le droit ferait abstraction de tout jugement moral puisqu'il ne ferait que décrire le fait tel qu'il est⁷⁶⁵. Cette exclusion de la moralité du droit n'est pas évidente puisque dans les deux cas, il s'agit d'un moyen de régulation de la société par l'obéissance à des règles.

⁷⁶¹ *Id.*, D. LOCHAK.

⁷⁶² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 111.

⁷⁶³ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 280 : « La notion de « mœurs » faisait trop référence à une morale sexuelle qui paraissait périmée ».

⁷⁶⁴ Herbert L.A. HART l'expose explicitement dans son ouvrage *Le concept de droit* (Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976) au chapitre IX. Il énonce qu'il utilisera l'expression « Positivisme juridique pour désigner la simple thèse selon laquelle il n'est en aucune manière nécessairement vrai que les règles de droit reflètent ou donnent satisfaction à certaines exigences morales, bien qu'en réalité elles l'aient souvent fait » (p. 224). Il faut, toutefois, préciser que Ronald DWORKIN, qui a une vision radicalement interne, va critiquer ouvertement H.L.A. HART dans son ouvrage *Prendre les droits au sérieux* (préc., note 39).

⁷⁶⁵ H.L.A. HART, « Positivism and the separation of law and Morals », préc., note 38, p. 593-630.

Contrairement à H.L.A. Hart, le droit et la morale s'interfèrent, comme le souligne Ronald Dworkin⁷⁶⁶, et plus spécialement en ce qui concerne la sexualité et la protection des personnes vulnérables, tels que les mineurs. L'avènement des nouvelles technologies par le biais d'Internet a amené un renouveau de la morale, notamment de la morale sexuelle à l'égard des internautes, surtout mineurs. En effet, le matériel à caractère sexuel explicite, comme la pornographie, est devenu plus accessible au grand public de manière simple et banale, même aux moins de dix-huit ans considérés comme vulnérables à ce genre de contenus. Cet accès a entraîné un certain élan de puritanisme sur la toile, terrain de jeu des personnes mineures. C'est ainsi que la censure est apparue au même titre que sur les autres supports audiovisuels, par exemple la télévision ou le cinéma. Il est indéniable que le contrôle se fait de manière plus difficile car il est en général *a posteriori*. La censure s'effectue par le biais aussi bien de la technique que par le droit criminel, afin de « normaliser le comportement des individus »⁷⁶⁷.

La morale et le droit ont toujours suscité des débats⁷⁶⁸. En effet, le fondement moral de la loi criminelle pose problème en raison de son origine fondée sur la religion judéo-chrétienne. Toutefois, la fonction du droit criminel n'est pas de sanctionner la morale, mais de sauvegarder l'ordre public et de protéger le citoyen⁷⁶⁹. De ce point de vue, il est clair que le droit criminel respecte ses fonctions, mais la séparation avec la morale n'est pas très

⁷⁶⁶ Pour Ronald DWORKIN (*Prendre les droits au sérieux*, préc., note 39), le droit et la morale se chevauchent puisque l'aspect moral confère au droit son caractère normatif. C'est ainsi que les juges peuvent se référer à la morale. Toutefois, il soutient que la description du droit doit se faire en tenant compte que des faits; J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 132 : « Plus généralement, il (DWORKIN) se montre sociologue en ce qu'il n'est pas dogmatique, ne dressant pas de cloisons étanches entre le droit et la morale ou la politique ». Voir : M. TROPER, préc., note 39, p. 40.

⁷⁶⁷ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 49.

⁷⁶⁸ « Bien que la moralité demeure fondamentalement ce qui est « bien » et « mal », les auteurs ont développé la théorie classique du fondamentalisme et la théorie positiviste de l'utilitarisme. (...) Les « fondamentalistes » veulent protéger les valeurs morales de la société. Ils se basent sur la théorie du libre arbitre ou de l'indéterminisme. D'après eux, l'assise de la responsabilité pénale est l'intention coupable. L'être humain est libre de décider et d'agir comme il le veut. De plus, il possède la raison et peut distinguer le bien du mal. Étant donné que l'auteur d'une infraction a librement choisi et posé un acte, il est normal qu'il en subisse les conséquences. (...) Les « utilitaristes », pour leur part, se préoccupent principalement de protéger l'ordre public et non la morale. En se basant sur les positions du déterminisme, ils estiment que l'être humain n'est pas libre d'agir et que la volonté est strictement déterminée par une interminable série de motifs. Ainsi, aucun blâme ne peut être imputé à l'auteur du crime et la peine peut être justifiée uniquement comme une mesure de défense sociale étant donné que le délinquant est un individu dangereux » (G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TURGEON, préc., note 49, p. 23 et 24).

⁷⁶⁹ R. OGIER, préc., note 225, p. 15: « Ce qui est moral peut être illégal, et ce qui est immoral peut être légal ».

nette⁷⁷⁰. Nous pouvons l'expliquer de la manière suivante. Le domaine de la sexualité a toujours débordé le contexte de la vie privée⁷⁷¹ et le pouvoir étatique s'est retrouvé à intervenir dans un contexte relevant normalement de la sphère intime. Le sexe et la morale posent aussi des problèmes au même titre que le droit et la morale. D'ailleurs, l'un ne va sans l'autre. Ils sont tous inter-reliés⁷⁷². En effet, le droit prend une coloration morale par le fait qu'il vient imposer sa vision de la sexualité en imposant une morale sexuelle à respecter. Mais elle vise plus particulièrement les mineurs qui sont contraints à adopter la sexualité moralement acceptée par l'État et subsidiairement par une partie de la société. Cette fraction de la société vient ainsi presser l'État pour légiférer dans ce domaine sans pourtant garder une certaine logique. En effet, le réseau Internet a permis la libéralisation des mœurs et plus spécialement de la sexualité ce qui a engendré une acceptation de certaines formes de sexualité ou de métiers du sexe, comme la prostitution ou la pornographie, mais seulement pour les personnes majeures. Ainsi, la marchandisation de la sexualité⁷⁷³ est autorisée dès que la personne atteint l'âge de la majorité civile mais elle est réprimée, et ceci de façon de plus en plus répressive, par le droit criminel lorsque la personne est mineure⁷⁷⁴. Or, comme nous le savons, le terme « mineur » regroupe plusieurs réalités. Il y a, d'une part, les adolescents qui possèdent certains aménagements et, d'autre part, les enfants, plus jeunes, qui sont soumis à un régime très protecteur⁷⁷⁵. Ainsi, un paradoxe s'installe puisque, d'un côté, il y a une libéralisation de la sexualité et, de l'autre

⁷⁷⁰ Simone GOYARD-FABRE, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », dans François DERMANGE et Laurence FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Éd. Labor et Fides, 2002, p. 19-41, à la page 33 : « Selon Jérémy Bentham, en effet, les principes de la législation, comme ceux de la morale, doivent servir le bonheur maximal, c'est-à-dire l'intérêt et la félicité du plus grand nombre ».

⁷⁷¹ En effet, la sexualité, même si relève principalement de la vie privée, s'est retrouvée à être exposée publiquement par différents procédés, comme la pornographie. Celle-ci est alors sortie de la sphère privé pour rentrer dans la publique ce qui a engendré certaines répercussions, telles que le contrôle de la diffusion des choses sexuelles à caractère sexuel pour protéger les moins de dix-huit ans de ces contenus. Les pouvoirs publics ont donc dû intervenir dans cette sphère intime qui déborde le contexte de la vie privée.

⁷⁷² F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 110 : « L'interférence du droit et de la morale, loin d'être radicalement niée, se trouvait ainsi simplement circonscrite au domaine de la vie sexuelle ».

⁷⁷³ La sexualité est devenue un moyen intéressant pour gagner beaucoup d'argent et encore plus en la diffusant sur le réseau Internet. Elle fait ainsi l'objet de convention. Une certaine marchandisation de la sexualité par le biais de la pornographie est nettement visible ce qui a pour conséquence la réification de la personne humaine. Voir : P. BENSIMON, préc., note 229, p. 25; Richard POULIN, *La mondialisation des industries du sexe: prostitution, pornographie, traite des femmes et des enfants*, Ottawa, Les Éd. L'Interligne, 2004, p. 145 (« marchandisation des êtres humains »); A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 625 et suiv. (« réification de la personne »); B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 30-32.

⁷⁷⁴ En effet, les adolescents peuvent s'adonner à des relations sexuelles, mais seulement à titre gratuit.

⁷⁷⁵ *Supra*, p. 21.

côté, l'imposition d'une morale sexuelle à respecter. Ces deux opposés démontrent que notre société se retrouve dans un contexte politique, juridique et social en émergence.

La jurisprudence fait ainsi la différence entre, d'une part, la bonne sexualité, et d'autre part, la mauvaise sexualité, au même titre qu'il y avait les bonnes et les mauvaises mœurs⁷⁷⁶. Malgré les tentatives à instaurer une morale plus « consensualiste », il est évident qu'elle a plus tendance à s'inscrire dans une morale substantialiste qui impose, « au nom d'une certaine idée de la « vertu », des critères communs de ce qui est bon pour chacun dans le domaine sexuel, en dépit du point de vue que les individus eux-mêmes peuvent avoir sur ce qui leur convient »⁷⁷⁷. Autrement dit, les législateurs canadiens et français démontrent un certain « paternalisme » dans le domaine de la sexualité qui va bien au-delà de la simple volonté de protéger les personnes vulnérables. En effet, en analysant la jurisprudence, nous pouvons mettre en exergue une dichotomie entre, d'une part, la sexualité considérée comme « normale » et bonne, et d'autre part, celle qui est « anormale » et mauvaise. Cette hiérarchie démontre un certain retour vers la base de la morale, à savoir la distinction entre le bien et le mal, idée conservatrice de la religion judéo-chrétienne. Deux arrêts viennent l'illustrer. Il s'agit des affaires *R. c. Butler*⁷⁷⁸ et *Little sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*⁷⁷⁹ où les juges ont clairement renforcé les frontières entre la bonne et la mauvaise sexualité⁷⁸⁰. En effet, « le bon sexe est hétérosexuel, monogame, privé et intime; de l'autre côté se trouve le mauvais sexe : *queer*, commercial, anonyme, public »⁷⁸¹. Ils ont ainsi essayé de discipliner les sujets sexuels en imposant le discours dominant sur la sexualité que véhicule la loi⁷⁸². Ces arrêts démontrent le côté paternaliste et répressif du droit dans ce domaine, voire « une forme de gouvernance disciplinaire »⁷⁸³.

⁷⁷⁶ « Ainsi, les bonnes mœurs, telles que le droit pénal les entend traditionnellement, ce sont des pratiques sexuelles normales » (D. MAYER, préc., note 415, p. 55). Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 7 et suiv.

⁷⁷⁷ *Id.*, D. MAYER, p. 15-17; M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 280-282. L'auteur Danièle LOCHAK distingue également deux morales différentes à savoir la morale objective et universelle et celle plus contingente qui se fonde sur « les comportements « moyens » considérés comme « normaux » en un lieu et à une époque donnée » (« Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 43).

⁷⁷⁸ *R. c. Butler*, préc., note 280.

⁷⁷⁹ *Little sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 287.

⁷⁸⁰ B. COSSMAN, préc., note 287, p. 188 et 189.

⁷⁸¹ *Id.*, p. 194.

⁷⁸² M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 287 : « la sexualité est imposée avec le bras armé de la loi comme un lieu critique de la subjectivité » (italique tel que dans le texte initial).

⁷⁸³ B. COSSMAN, préc., note 287, p. 187; R. OGIEN, préc., note 225, p. 111.

En outre, même si les juges essayent par tous moyens de faire preuve d'objectivité, ils n'en restent pas moins cantonnés dans un discours à coloration morale. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Butler*⁷⁸⁴, ils énoncent que « le matériel dégradant et déshumanisant échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale mais parce que dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes ». Autrement dit, même si la Cour suprême annonce le contraire, le terme « opinion publique » renvoie à la morale sexuelle conservatrice de la société actuelle de manière détournée. Nous sommes donc face à un détournement flagrant des termes, ce qui démontre, aujourd'hui, le malaise face à la morale alors que « [l]a pornographie est l'un des domaines où la panique morale est la plus frappante »⁷⁸⁵. Cette dernière est d'ailleurs accentuée par le développement croissant des technologies de l'information, comme le réseau Internet qui, ne l'oublions pas, a permis l'essor de contenus à caractère pornographique. Ce vecteur a alors suscité une certaine crainte de la part du pouvoir étatique qui s'est retrouvé dépassé par les événements et l'engouement pour cette nouvelle technologie. C'est ainsi que la censure et le contrôle des contenus sont devenus pour l'État un moyen pour « domestiquer » les internautes et ainsi étendre davantage son pouvoir, relativement diminué sur ce média. Ceci est favorisé par le fait que, « [n]e connaissant pas encore les limites de l'Internet, le discours étatique peut facilement convaincre la population qu'il faut à tout prix contrôler ce « marchand » de malheurs, ce distributeur d'illégalités avant qu'il soit trop tard »⁷⁸⁶.

Enfin, il ne faut pas oublier que le critère de « la dignité de la personne humaine » assoit également cette idée de corrélation puisqu'il comporte indéniablement un caractère moral, comme nous l'avons déjà exposé⁷⁸⁷. Cette notion, qui est un axiome, permet ainsi de faire rentrer la morale dans le droit de manière détournée. Il en va également de même avec l'emploi de critères pluridisciplinaires.

⁷⁸⁴ *R. c. Butler*, préc., note 280.

⁷⁸⁵ R. OGIEN, préc., note 225, p. 22.

⁷⁸⁶ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 47. Voir : *Infra*, p. 408.

⁷⁸⁷ *Supra*, p. 110.

II. L'emploi de critères pluridisciplinaires : une subjectivité flagrante

Il existe une véritable interaction entre la morale et le droit qui s'exprime désormais de manière indirecte par le biais de référence à des données extra juridiques. D'ailleurs, les critères moraux d'antan sont devenus des critères à coloration morale. Les juges semblent développer un certain engouement pour l'usage de critères pluridisciplinaires, dans l'optique fautive de neutralité afin de motiver leurs décisions. Ces derniers sont de deux ordres, à savoir des critères intrinsèques qui s'attachent plus spécialement à l'état de la personne (A) et enfin, des critères plus extrinsèques qui s'attachent plus spécialement à l'environnement de la société (B). Les raisons d'un tel choix sont que les tribunaux, aussi bien canadien que français, se voient obligés de motiver leurs décisions, « pour donner un contenu aux notions légales »⁷⁸⁸, comme la pornographie, en employant un lexique scientifique chargé de subjectivité. Le droit criminel semble s'orienter vers un droit fondé sur l'émotion⁷⁸⁹ où la morale semble avoir pris sa place. En effet, l'irrationnel semble beaucoup plus présent dans le droit, notamment avec l'utilisation de critères scientifiques et d'experts dont l'objectivité est illusoire et détournée⁷⁹⁰.

A) Les critères intrinsèques : l'importance des caractères personnels

La mise en discours de la sexualité en droit criminel présente une certaine tendance à s'inscrire dans une optique morale, voire sociale. En effet, il est fait référence à des champs sémantiques divers qui s'attachent en général à l'état de la personne ou à ses caractères personnels. C'est ainsi qu'il est possible de trouver une typologie de ces critères utilisés par les tribunaux, établie selon différents codes et fournie par les auteurs François Ost et Michel Van de Kerchove⁷⁹¹. Au-delà du code juridique qui se traduit par la référence

⁷⁸⁸ D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 43.

⁷⁸⁹ J.P. HAESAERT, préc., note 40, p. 225 et 226 : « le chapitre VII ne repose sur aucun élément rationnel. Il est d'origine émotive. Les efforts faits pour l'enfermer dans un cadre logique expliquent l'obscurité, l'ambiguïté, le désordre des textes ». Voir : *Supra*, p. 384.

⁷⁹⁰ D'après l'auteur Olivier CORTEN (préc., note 21, p. 361 et 355), en sociologie du droit, la règle de droit, par définition rigide, s'adapte « à l'évolution de la vie sociale ou, dans une perspective plus conflictualiste, que ce type d'expression permettra à l'interprète de légitimer une position politique qui lui est propre sous le couvert d'une notion juridique qui prétend à la neutralité axiologique ».

⁷⁹¹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 105 et suiv.; D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 43; F. OST et M.

abstraite à la loi, il y a le registre moral très présent dans les décisions, notamment par l'usage des termes à coloration morale, à savoir « l'immoralité du comportement »⁷⁹², « contraire à la morale »⁷⁹³, « atteinte grave à la morale »⁷⁹⁴, « le code de moralité sexuelle »⁷⁹⁵, « personne moralement innocente »⁷⁹⁶, « oser »⁷⁹⁷, « dans des positions peu orthodoxes »⁷⁹⁸, « odieux »⁷⁹⁹, « lascif »⁸⁰⁰, « images douteuses »⁸⁰¹, « obscène »⁸⁰², « intolérable »⁸⁰³, « provoquant »⁸⁰⁴, « luxure »⁸⁰⁵, « débauche »⁸⁰⁶, « indécent »⁸⁰⁷, « actes odieux »⁸⁰⁸ et « répugnant »⁸⁰⁹. Nous pouvons remarquer que l'emploi de ce vocabulaire est très populaire par les juges. D'ailleurs, les juges français du Tribunal de grande Instance du Mans nous donnent une très bonne illustration de ce vocabulaire à coloration morale, dans l'arrêt du 16 février 1998, « [a]ttendu que (...) les images téléchargées sont particulièrement repoussantes; que leur nombre impressionnant dénote plus qu'une simple curiosité malsaine; que par ses paiements, le prévenu a contribué à entretenir des réseaux pédophiliques »⁸¹⁰. Autrement dit, les affaires relatives à la pédopornographie ont une fâcheuse tendance à favoriser une certaine prise de position émotionnelle, voire hystérique dans d'autres cas, notamment lorsque l'opinion publique vient s'en mêler.

VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, préc., note 18, p. 21-37.

⁷⁹² R. c. *Blondin*, (1998-02-16), J.E. 98-868 (C.Q.).

⁷⁹³ R. c. *Butler*, préc., note 280.

⁷⁹⁴ C.cass.crim., 22 déc. 1965, préc., note 316 : « blesser le sentiment moral ».

⁷⁹⁵ R. c. *Hess*, R. c. *Nguyen*, préc., note 208.

⁷⁹⁶ *Id.*

⁷⁹⁷ CA Paris, 6 fév. 2001, Juris-Data n°00/02079; en ligne : <<http://www.legalis.net>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁷⁹⁸ R. c. *M.B.*, [2000] J.Q. n°4729 (QC C.A.); C.cass.crim., 28 sept. 2005, D.2005, IR, p.2705; *Comm.com.électr.* mars 2006, p. 39, comm. A. Lepage; *Bull.crim.*, 2005, n°248.

⁷⁹⁹ *Id.*; R. c. *Martin*, 2005 CanLII 35273 (QC C.Q.); 2005 AZ-50334574; J.E. 2005-2123.

⁸⁰⁰ Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294.

⁸⁰¹ CA Paris, 6 fév. 2001, préc., note 797; R. c. *R.R.*, 2004 IIJCan 28563 (QC C.Q.); J.E. 2004-1030.

⁸⁰² R. c. *Butler*, préc., note 280; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, préc., note 287; C.cass.crim., 12 oct. 2005, préc., note 577.

⁸⁰³ R. c. *Dabaté*, [1997] R.J.Q. 247; J.E. 97-218 (C.Q.).

⁸⁰⁴ C.cass.crim., 22 déc. 1965, préc., note 316.

⁸⁰⁵ Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294.

⁸⁰⁶ *Id.*; CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303.

⁸⁰⁷ C.cass.crim., 1er juin 1965, préc., note 298 (« contraire à la décence »); R. c. *Roger Martin*, préc., note 799.

⁸⁰⁸ R. c. *M.B.*, préc., note 798.

⁸⁰⁹ R. c. *Roger Martin*, préc., note 799.

⁸¹⁰ TGI Le Mans, ch. corr., 16 fév. 1998, *Expertises*, juin 1998, n°216, p.194; J.C.P.G.1999.II.10011, note J.Frayssinet; en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgimans19980216.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

Il est également possible de mettre en exergue le code esthétique par la recherche de la beauté exigée par les juges en cas de représentations obscènes ou pornographiques, de l'élégance et des qualités esthétiques pour pouvoir bénéficier de la protection de la loi⁸¹¹. Les tribunaux vont encore plus loin en employant un registre psychiatrique, de plus en plus présent, avec « malsain »⁸¹², « pervers »⁸¹³, « déviation sexuelle »⁸¹⁴, « sadique »⁸¹⁵, « immature »⁸¹⁶, « prédateur »⁸¹⁷ et « pédophile »⁸¹⁸. Autrement dit, la médecine, sous toutes ses branches, devient un domaine de référence pour la jurisprudence, afin d'objectiver les décisions. Cela a pour conséquence de traiter les délinquants sexuels comme des malades et non plus comme des criminels, bien que la tendance soit d'être plus sévère⁸¹⁹. En outre, il est indéniable de trouver un registre sexuel relativement bien développé pour mettre en exergue les différents actes sexuels susceptibles d'être répréhensibles, par exemple, « masturbation », « fellation » et « sodomie ».

Par conséquent, ces différents registres comportent une certaine part de subjectivité puisque le juge est amené à exprimer, qu'il le veuille ou non, ses sentiments et ses goûts sur des contenus qui suscitent déjà une certaine panique morale de la part de la société. D'ailleurs, les registres physiques et anthropologiques sont également visibles dans les décisions par le biais par exemple de verbes mettant en scène le comportement sexuel, tels que « exciter », « attoucher », « abuser », « stimuler » et « masturber »⁸²⁰, mais également par les notions « instincts »⁸²¹, « bestial »⁸²², « pulsion »⁸²³, « inhumain »⁸²⁴ et « passion »⁸²⁵. La coloration morale est évidente. En effet, ces divers termes « constitue[nt] manifestement, malgré

⁸¹¹ Le terme « grossier » est souvent employé par la jurisprudence canadienne comme française. Par exemple : *R. c. Roger Martin*, préc., note 799.

⁸¹² Trib. corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294; C. cass. crim., 1er juin 1965, préc., note 298; TGI Paris, 11 déc. 1972, préc., note 298.

⁸¹³ *Id.*, Trib. corr. d'Orange; CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303; CA Montpellier, 26 oct. 2004, Juris-Data n°04/00818, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

⁸¹⁴ CA Paris, 11^e ch., 10 juin 1977, préc., note 322; CA Montpellier, 26 oct. 2004, préc., note 813; CA Paris, 13 fév. 2007, préc., note 316; *R. c. L. M.*, 2005 IIJCan 24988 (QC C.Q.); J.E. 2005-1407.

⁸¹⁵ CA Paris, 7 janv. 1958, préc., note 276.

⁸¹⁶ *R. c. Robert Chassé*, 2002 IIJCan 23659 (QC C.Q.); J.E. 2002-1491 (C.Q.).

⁸¹⁷ *R. c. Wadsworth*, 2000 CanLII 5808 (QC C.Q.); J.E. 2001-130 (C.Q.).

⁸¹⁸ C. cass. crim., 28 sept. 2005, préc., note 798.

⁸¹⁹ *Infra*, p. 343.

⁸²⁰ Tous ces verbes sont présents dans les différentes décisions aussi bien françaises que canadiennes.

⁸²¹ Trib. corr. d'Orange, 19 avril 1950, préc., note 294; CA Paris, 7 janv. 1958, préc., note 276.

⁸²² *Id.*, Trib. corr. d'Orange.

⁸²³ *R. c. Blondin*, J.E. 98-1183 (C.Q.).

⁸²⁴ *R. v. Evans*, [1999] O.J. No 1831. (Ont. Ct of J.) Q.L.

⁸²⁵ CA Paris, 7 janv. 1958, préc., note 276.

l'autonomie partielle du droit pénal par rapport à la morale, un critère déterminant de la répression »⁸²⁶. Il est donc difficile de tenir un discours complètement rationnel dans le domaine de la sexualité qui prédispose à un certain désordre public. En outre, nous sommes dans une société qui s'articule autour d'une pluralité de conceptions morales différentes qui a, désormais, certaines difficultés à réunir sous une même morale « commune » tous ses membres, accentuées notamment par le phénomène Internet⁸²⁷. En effet, l'engouement pour ce vecteur a eu pour conséquence d'intensifier cette volonté d'instaurer une hiérarchie au sein de la sexualité. C'est ainsi qu'il y a, d'une part, la bonne sexualité, mise en valeur par un vocabulaire positif, et d'autre part, une mauvaise sexualité, traduite par des termes plus négatifs, tels que exposés ci-dessus. Nous sommes ainsi toujours face aux conceptions ancestrales de la religion judéo-chrétienne qui mettent l'accent sur la dichotomie du bien face au mal. Malgré la modernité, nous restons attachés à nos idéologies et notre morale, même s'il semble y avoir un certain rejet de ces dernières depuis déjà quelques années. Pourtant, le droit a toujours montré un certain attachement à la tradition⁸²⁸.

B) Les critères extrinsèques : l'environnement pris en compte

En plus des critères intrinsèques, il est possible de mettre en lumière des critères extrinsèques qui s'attachent plus spécialement à l'environnement. En effet, toujours selon les auteurs François Ost et Michel Van de Kerchove, d'autres codes sont visibles dans la jurisprudence. C'est ainsi que les juges emploient plusieurs autres registres, tels que celui relatif à la politique avec l'utilisation, par exemple, des termes « comportement antisocial »⁸²⁹ et « comportements sociétaux préjudiciables »⁸³⁰. Autrement dit, comme en politique, c'est la majorité qui l'emporte au même titre que cette référence à la moyenne qui représente une partie de la population s'exprimant par un discours dominant. Les critères

⁸²⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 107.

⁸²⁷ *Id.* p. 112.

⁸²⁸ B. MELKEVIK, préc., note 370, p. 69 et 70 : « Le « droit naturel » doit, de cette façon, être considéré aujourd'hui comme donnant accès à une recherche archéologique des arguments et des raisons d'autrefois, à leurs permanences dans la pensée juridique et au poids du passé dans la modernité. (...) Quoique l'histoire et la tradition du droit naturel ne possèdent désormais plus aucune autorité, il se peut un jour ou l'autre que de bons arguments (que nous distinguons donc de toute construction d'idéo-droit) tirés de cette tradition puissent permettre d'illustrer les choix faits autrefois et éventuellement servir pour réactualiser ces choix relatifs à nos problèmes ou interrogations contemporaines ».

⁸²⁹ R. c. *Sharpe*, préc., note 30 ; *Dans la situation d'A.K.-M.*, J.E. 2004-285 (C.Q.).

⁸³⁰ R. c. *Tremblay*, 2003 IIJCan 11830 (QC C.Q.).

juridiques de la « personne raisonnable » ou « l'observateur objectif et raisonnable » renvoient nécessairement à la conception dominante de la moralité publique de notre époque contemporaine, qui évolue donc indéniablement. Il en va ainsi de manière plus claire dans le domaine de la sexualité où la morale s'avère très présente, malgré l'actuel rejet de cette dernière.

En outre, un autre registre de vocabulaire est employé par les juges. Il s'agit du code technique. En effet, l'avènement des technologies de l'information a inséré dans le discours juridique un nouveau vocabulaire aujourd'hui devenu courant dans le langage quotidien et juridique, qui a donc dû s'adapter. C'est ainsi qu'il est tout à fait normal de trouver toutes les notions relatives à la technologie comme, par exemple, « télécharger », « blog », « forum », « bavardage », « chat », « disque compact » et « disquette ». Par conséquent, le droit évolue avec la technologie et les mœurs de son époque, même s'il est clair qu'il démontre une relative résistance dans certains cas au nom notamment de la morale.

Toujours dans cette optique d'être neutre et objectif, les juges empruntent également au registre socio-économique un certain nombre de termes, tels que « vulgaire »⁸³¹, « esprit de lucre »⁸³², « risque »⁸³³, « alimenter »⁸³⁴, « promotion »⁸³⁵, « sécurité »⁸³⁶, « profit »⁸³⁷, « problèmes sociaux »⁸³⁸, « désapprobation sociale »⁸³⁹ et « sécurité »⁸⁴⁰. Ces derniers sont de plus en plus employés dans le discours juridique ce qui démontre une certaine adaptabilité du droit à l'évolution de la société actuelle, qui revêt un caractère mercantile. En effet, les notions de « risque » et de « sécurité » représentent parfaitement l'esprit d'aujourd'hui face notamment aux différentes attaques terroristes, mais également face à la pédopornographie visualisable sur le réseau Internet.

⁸³¹ CA Paris, 7 janv. 1958, préc., note 276.

⁸³² C.cass.crim., 18 juin 2003, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bull. actualité, n°163, nov. 2003.

⁸³³ R. c. Robert Chassé, préc., note 816; K.-M. A., *Re*, 2003 IIJCan 8784 (QC C.Q.).

⁸³⁴ *Id.*; TGI Le Mans, ch. corr., 16 fév. 1998, préc., note 810.

⁸³⁵ R. c. Robert Chassé, préc., note 816.

⁸³⁶ *Id.*

⁸³⁷ *Id.*; R. v. Lowes, [1997] M.J. No. 549 (Man. Prov. Ct.).

⁸³⁸ R. c. Hess, R. c. Nguyen, préc., note 208.

⁸³⁹ *Id.*

⁸⁴⁰ R. c. J.G., 2005 IIJCan 35795; AZ-50335315 (QC C.Q.); R. c. Luc Tremblay, 2004 IIJCan 48295 (QC C.Q.); J.E. 2005-399.

Le registre statistique vient compléter le vocabulaire juridique par le biais des mots « moyen », « raisonnable »⁸⁴¹, « nuisible »⁸⁴², « observateur objectif et raisonnable »⁸⁴³, « à l'encontre des valeurs sociales acceptées »⁸⁴⁴ et la « norme de tolérance ». Cet aspect renvoie à une moyenne qui, comme nous l'avons précédemment exposé, met en exergue la pensée du groupe dominant. Autrement dit, les juges, même en employant un vocabulaire plus scientifique et pluridisciplinaire, restent imprégnés par la morale qui se retrouve en filigrane dans les décisions, notamment lorsqu'elles portent sur la sexualité.

L'évolution de la société avec l'essor des technologies de l'information a apporté un nouvel ordre moral fondé principalement sur la notion de « dignité de la personne humaine », axiome du droit. Ce terme renvoie nécessairement à la morale, qui l'imprègne. C'est ainsi que, même si nous nous inscrivons dans un modèle juridique positiviste, « les théories justnaturalistes continuent aujourd'hui de s'opposer au justpositivisme pour leur faire l'antithèse »⁸⁴⁵. Autrement dit, « la fin de notre siècle n'a pas répudié les perspectives justnaturalistes »⁸⁴⁶. En effet, les critères utilisés par les juges canadiens et français possèdent une certaine coloration morale qui renvoie à la moralité publique prise dans son sens de « norme sociale de tolérance ». Il en va également de même avec les critères pluridisciplinaires. Malgré le rejet actuel de la morale, cette dernière reste très présente dans le droit, qui n'a jamais perdu certaines de ses fondations méta-juridiques. Finalement, le droit criminel a évolué par le biais d'un changement de paradigme qui vient toujours instaurer une norme de comportements sexuels à adopter, plus spécialement sur le réseau Internet, fondée sur l'idée moyenne de la sexualité représentée par la majorité dominante de la société.

De nos jours, le droit actuel semble prendre une nouvelle tangente, à savoir un « humanisme juridique »⁸⁴⁷. Ce dernier permet le développement des droits subjectifs, notamment dans le domaine de la sexualité. Le droit à l'égalité et à la liberté sont ainsi

⁸⁴¹ *R. c. Hess, R. c. Nguyen*, préc., note 208.

⁸⁴² *Id.*

⁸⁴³ *R. c. É. T.*, 2004 IIJCan 13517 (QC C.Q.).

⁸⁴⁴ *K.-M. R., Re*, 2003 IIJCan 10003 (QC C.Q.).

⁸⁴⁵ S. GOYARD-FABRE, préc., note 770, p. 25.

⁸⁴⁶ *Id.*, p. 26.

⁸⁴⁷ Voir : S. GOYARD-FABRE, préc., note 770; S. TZITZIS, préc., note 479.

devenus les « droits à » à revendiquer. Toutefois, le législateur canadien, comme le français, limitent ces droits au nom de la sécurité des personnes et plus spécialement des personnes dites vulnérables. Elles représentent le plus souvent, et plus spécialement lorsqu'il est question du réseau Internet, des personnes mineures qualifiées d'incapables. Ce groupe représente aujourd'hui le tronc commun de la société et notamment du monde virtuel qu'est Internet. En prenant l'être humain comme fondement du droit ainsi que les droits subjectifs, l'ordre public de protection devient essentiel, aux risques d'être confronté à des entraves substantielles aux libertés individuelles. En effet, le défi, d'aujourd'hui comme d'hier et dans l'avenir, est de trouver l'équilibre entre, d'une part, la protection des personnes vulnérables, et d'autre part, les libertés individuelles consacrées par l'essor des droits subjectifs.

Chapitre 2: Les entraves substantielles aux libertés individuelles

Le droit criminel actuel s'inscrit dans une neutralité morale illusoire accentuée par la nouvelle préoccupation, primordiale, de la protection des personnes vulnérables, comme les mineurs. En effet, ces derniers représentent la catégorie de personnes la mieux protégée dans notre système juridique en raison notamment d'un régime juridique spécial fondé sur leur manque de discernement et leur vulnérabilité. Les législateurs canadiens et français tentent d'imposer une certaine morale dans les comportements sexuels actuels, qui ont tendance à se banaliser par le biais des technologies de l'information. Par conséquent, le juge est amené à faire la distinction entre ce qui est bien et mal au regard de la protection des mineurs pour contrecarrer cette liberté sexuelle. Autrement dit, le droit criminel contemporain ne protège la moralité publique que d'un seul point de vue, à savoir celui de la protection d'une catégorie déterminée de personne, les mineurs⁸⁴⁸. C'est ainsi que l'ordre public de protection connaît un certain essor au détriment de celui de direction. La protection des mineurs est devenue le nouvel enjeu, particulièrement sur Internet (Section 1). Elle devient en quelque sorte un critère de censure et de contrôle important, comme pour les contenus circulant sur le réseau. La moralité publique est donc toujours présente mais sous une autre forme, celle de la protection des personnes vulnérables, les mineurs. Celle-ci bénéficie d'un certain consensus de la part des États ce qui explique qu'elle ne peut, en aucun cas, être discutée. En effet, montrer une quelconque résistance contre ce moyen de censure considérable, revient à admettre sa sympathie aux « prédateurs sexuels », même s'il n'en est rien. Il est clair que toutes discussions sur la sexualité et les mineurs entraînent, de manière générale, un certain élan d'émotivité et de morale difficile à faire disparaître. D'ailleurs, la sexualité semble être devenue le nouveau mal de la société et en particulier pour les mineurs. Par conséquent, cette évolution engendre certaines répercussions sur la liberté d'expression, droit fondamental. En effet, les législateurs, aussi bien canadien que français, montrent une tendance à la restreindre au profit de la moralité publique représentée par la protection des mineurs (Section 2).

⁸⁴⁸ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 45 et 46 : « c'est le législateur qui définit des règles assimilables à la moralité publique, mais dont le respect s'imposera simplement en présence de mineurs ».

**Section1: L'essor de l'ordre public de protection : le nouveau critère de la
« protection des mineurs »**

Le droit criminel favorise l'essor de l'ordre public de protection qui se traduit par l'engouement actuel pour la « protection des mineurs », nouveau critère de contrôle et de censure pour les États sur le réseau Internet. En effet, comme nous l'avons précédemment exposé dans un de nos développements, la dignité de la personne humaine se scinde en deux, à savoir la dignité de direction qui renvoie à celle universelle, mais également, la dignité de protection, qui représente celle qui est personnelle⁸⁴⁹. Le droit actuel met l'accent plus spécialement sur la dernière, qui vient protéger les intérêts particuliers et notamment ceux des personnes mineures lorsqu'il est question d'Internet. Celle-ci facilite le développement de toutes sortes de contenus qui peuvent indéniablement provoquer des préjudices directs, mais également indirects. Ceci s'explique par le développement de la technologie qui donne lieu à un large éventail de nouvelles possibilités, auparavant impossibles ou difficiles à atteindre. Il est désormais envisageable de créer, produire ou distribuer à l'infini sur la planète entière, à grande vitesse pour un coût modique. Voici la réelle innovation. C'est d'ailleurs aussi ce qui engendre des préjudices divers, comme des préjudices continus difficilement éliminables définitivement de la toile. De ce fait, est alors apparu, assez rapidement, après le respect de la dignité de la personne humaine, celle du mineur, pris dans son individualité. La tendance actuelle, qui est de privilégier l'ordre public de protection, permet de mettre l'accent sur la protection de la seule dignité du mineur devenue le fondement de l'ordre moral actuel (I). Dès lors, la censure⁸⁵⁰ de jadis basée sur la moralité publique semble s'orienter vers une moralité de protection de la dignité du mineur, à savoir la préservation de ses mœurs. Elle devient alors légitime et universelle, notamment sur Internet puisque la protection des mineurs a tendance à unifier les États (II).

⁸⁴⁹ *Supra*, p. 109.

⁸⁵⁰ « La censure sert de moyen de surveillance et de contrôle des individus » (P.CORRIVEAU, préc., note 127, p. 2 et 47).

I. Le respect de la dignité du mineur : le fondement de l'ordre moral

La plupart des infractions sexuelles causent un préjudice et une atteinte à la dignité de la personne. Dans l'infraction de pédopornographie, il s'agit plus de la dignité du mineur qui est remise en cause⁸⁵¹. Pourtant, à aucun moment, les articles 227-23 du C.pén. et 163.1 du C.crim. ne font référence à cette dignité du mineur⁸⁵². Ceci s'explique par le fait qu'il s'agit d'un axiome⁸⁵³, donc il n'a pas besoin d'être explicitement inscrit dans les dispositions puisqu'il est, dans tous les cas, en filigrane dans le texte relatif à la pédopornographie⁸⁵⁴. Celle-ci représente, depuis les dernières années, l'infraction par excellence dont les États, aussi bien canadien que français, se sont occupés et s'occupent encore aujourd'hui⁸⁵⁵. En effet, les diverses modifications législatives en sont une bonne illustration. En moyenne, un changement tous les deux ans⁸⁵⁶. Finalement, la moralité publique, autrefois connue sous le vocable de « bonnes mœurs », ne semble s'intéresser qu'à une partie de la population, à savoir les personnes vulnérables, comme les mineurs. C'est ainsi que nous sommes en présence d'un changement de paradigme. Nous passons d'une protection des mœurs de tous à celle des seules personnes mineures (A). Ceci s'explique par le fait, que cette catégorie représente l'unique moyen pour les États de s'unifier sur une préoccupation commune et ainsi produire un effet symbolique, celui de contrôler le comportement sexuel des majeurs par le biais de la protection de la dignité de la personne mineure (B).

⁸⁵¹ À plusieurs reprises, les juges de la dissidence de l'arrêt *R. c. Sharpe* (préc., note 30,) mettent en exergue la notion de « dignité » de l'enfant qui est mise à mal par l'existence même de la pédopornographie. Voir : CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>. En outre, « l'atteinte à la dignité du mineur était une précision expressément faite dans l'amendement adopté par le Sénat et qui est à l'origine de cette disposition » (A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 178).

⁸⁵² Voir : E. DREYER, préc., note 311, p. 430.

⁸⁵³ *Supra*, p. 109.

⁸⁵⁴ L'auteur Renée KOERING-JOULIN (préc., note 548, p. 81) considère, pour sa part, que le silence du législateur français sur la notion de dignité du mineur « étonne dans la mesure où l'atteinte ici portée est le comble de l'inadmissible ».

⁸⁵⁵ « En termes de politique pénale, des instructions sont données par le garde des sceaux afin d'inciter les procureurs de la République à mener à bien des procédures en ce domaine. Il est ainsi rappelé aux magistrats que cette problématique est une préoccupation constante du gouvernement et qu'un élément d'extranéité ne doit pas être un obstacle au traitement judiciaire de ce type de contentieux qui doit donner lieu à l'usage de l'ensemble des qualifications juridiques applicables en la matière » (Myriam QUÉMENER et Joël FERRY, *Cybercriminalité : Défi mondial et réponses*, Paris, Economica, 2007, p. 171); *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 133 : « une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital ».

⁸⁵⁶ Aussi bien en France qu'au Canada, la législation relative à la pédopornographie a connu de nombreuses modifications qui se sont étalées dans le temps. D'ailleurs, la plupart vont être exposées tout au long de notre travail.

A) Le changement de paradigme : la protection des mœurs du mineur

L'emploi du terme « dignité du mineur » vient appuyer le fait que la « personne » est bien au centre des systèmes juridiques et que le droit a une certaine tendance à s'humaniser en s'intéressant à la catégorie particulière des mineurs⁸⁵⁷. Le droit criminel connaît ainsi une certaine mutation, qui s'effectue par « un déplacement de l'objet de la répression pénale, qui va être utilisée non plus pour punir les atteintes aux bonnes mœurs mais pour protéger la liberté nouvelle laissée à chacun dans le choix de sa vie et de ses habitudes sexuelles et pour lutter contre les éventuels mouvements d'intolérance que cette liberté des mœurs risque de susciter »⁸⁵⁸. Autrement dit, la liberté sexuelle, consacrée par le principe de l'autonomie personnelle, est garantie et protégée avec pour limite la protection des mineurs, afin d'éviter leur mise en péril d'après le *Code pénal français* ou la corruption de leurs mœurs selon le *Code criminel canadien*. Par conséquent, le droit criminel actuel adopte une conception large de la notion de mœurs, dans le seul but de sauvegarder la moralité des personnes mineures⁸⁵⁹.

C'est pour cette raison que la protection de la moralité publique concerne principalement le respect de la morale des personnes de moins de dix-huit ans. En d'autres termes, les enfants et les adolescents sont soumis au même régime juridique malgré, pour ces derniers, la reconnaissance d'une certaine liberté sexuelle. Ce sont les articles 227-23 et 227-24 du C.pén., corollaire de l'ancien outrage aux bonnes mœurs, qui possèdent des critères relatifs à la contrariété de la moralité publique telle que définie par l'ensemble de la population, dont l'appréciation est faite en fonction d'une moralité de référence chez un adulte moyen et raisonnable⁸⁶⁰. Autrement dit, les juges devront se demander si tel ou tel message est susceptible de porter atteinte à la dignité du mineur au regard de critères dégagés par des majeurs⁸⁶¹. Pourtant, un message sera perçu différemment par un mineur âgé de cinq ans et un autre adolescent, âgé de seize ans. La sexualité pour l'un étant interdite et acceptée pour

⁸⁵⁷ « Enfin, dans un climat éthique de plus en plus pluraliste, se manifeste la préoccupation d'assurer davantage la protection de certaines catégories de personnes – les mineurs et les femmes en particulier – que celle de valeurs abstraites, telles que la pudeur publique ou les bonnes mœurs, considérées comme une forme spécifique de moralité » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 106).

⁸⁵⁸ D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », préc., note 296, p. 48 et 49.

⁸⁵⁹ D. MAYER, préc., note 415, p. 60.

⁸⁶⁰ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 45 et 46.

⁸⁶¹ *Id.*

l'autre. Il en va de même en ce qui concerne l'article 163.1 du C.crim. relatif à la pédopornographie. En effet, ce dernier est inséré dans le titre intitulé les « infractions tendant à corrompre les mœurs ». Cela renvoie, comme pour le droit français, à la nouvelle conception de la moralité publique en matière sexuelle, à savoir la simple protection des mœurs des mineurs⁸⁶².

Actuellement, il est clair que la moralité publique se réfère principalement à celle relative à la sauvegarde de la morale des mineurs et de leur dignité, puisqu'ils représentent la catégorie de personnes vulnérables par excellence. D'ailleurs, avec le réseau Internet qui amène une certaine mondialisation du droit et de la morale⁸⁶³, « cette dernière conception de la moralité publique est la seule considérée comme légitime dans la société contemporaine »⁸⁶⁴.

B) L'effet symbolique : une moralité sexuelle pour tous

La catégorie des personnes mineures est devenue, avec le temps, la seule limite à la liberté sexuelle au niveau de la réglementation du réseau Internet. Toutefois, la dignité de la personne humaine concerne aussi bien les personnes majeures que mineures sans aucune considération pour l'âge, voire le sexe. Pourtant, la dignité du mineur semble préoccuper plus les législateurs que celle des majeures, qui peuvent également être considérées comme des personnes vulnérables. Autrement dit, cela laisse penser que la dignité des premiers est plus importante que celle des secondes lorsqu'il est question de pornographie. En effet, la pornographie, mais également la prostitution ainsi que d'autres comportements sexuels plus ou moins dégradants pour les adultes, sont acceptés par la société. Ceux-ci ont tendance à les réduire à un simple objet sexuel, voire de les banaliser comme tel, en raison du nombre impressionnant de sites relatif à ce type de matériel. Dans beaucoup de cas, il s'agit d'une

⁸⁶² « Ce n'est plus le message pornographie (ou violent) en tant que tel – et donc l'atteinte aux bonnes mœurs – qui est maintenant sanctionné mais la violence qu'il peut constituer pour la personne même du mineur, que celui-ci soit représenté ou qu'il puisse en être destinataire; c'est d'une protection de l'enfance qu'il s'agit » (COUR DE CASSATION, « La liberté d'expression, la loi et le juge (par M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation) », dans *Les libertés*, Rapport annuel 2001, La Documentation française, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2001_117/>, (consulté le 23 sept. 2009)).

⁸⁶³ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *Mondialisation et incitation à consommer*, préc., note 405.

⁸⁶⁴ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 46.

exploitation sexuelle de la personne, qui n'est pas sanctionnée en tant que telle par le droit, car personne ne s'entend sur ce thème. Néanmoins, il en va différemment pour les mineurs, enfants comme adolescents. Ils se voient traités de manière distincte. Or, une question se pose, à savoir : pourquoi cette différence de traitement entre les majeurs et les mineurs? L'exploitation sexuelle touche-t-elle tout le monde ou seulement les moins de dix-huit ans? La vulnérabilité n'est-elle pas un critère permettant de conclure à l'exploitation sexuelle? Visiblement, même si la pornographie est interdite à toute la catégorie des mineurs, le message du législateur, canadien comme français, n'est pas très clair, ni précis. En effet, il semble être que « [p]eu importe l'image pornographique, que le contenu soit à caractère bestial, scatologique ou mettant en scène des gestes de torture, du moment qu'elle n'expose pas une personne de moins de 18 ans, son visionnement et sa possession demeurent légaux, un peu comme si l'enfant émanait du Saint-Esprit »⁸⁶⁵. Toutefois, cette interdiction laisse supposer que le législateur ne fait que « tolérer » ce matériel pour les majeurs et qu'il considère la pornographie comme une atteinte à la dignité personnelle de l'individu, une violence ou allant à l'encontre de la morale mais, sous couvert des libertés individuelles et du principe de l'autonomie personnelle, il est contraint d'accepter certains comportements sexuels aux personnes adultes. En effet, à la différence des mineurs qui possèdent un régime juridique de protection en raison de leur grande vulnérabilité, il peut intervenir de manière plus paternaliste.

Avec l'avènement des technologies de l'information et donc de la mondialisation des conceptions, l'Union européenne a montré un certain élan vers la protection des mineurs et de la dignité humaine. En effet, elle a tendance à traiter les deux thèmes ensemble, ce qui appuie le fait que désormais la moralité publique ne repose que sur la sauvegarde des mœurs des personnes mineures et donc de leur dignité personnelle. Il est possible de citer deux exemples, à savoir le *Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information*⁸⁶⁶ et la *Recommandation concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau*

⁸⁶⁵ P. BENSIMON, préc., note 229, p. 18.

⁸⁶⁶ *Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information*, préc., note 573.

*comparable et efficace de la protection des mineurs et de la dignité humaine*⁸⁶⁷. En outre, il est considéré que « si des scènes portant atteinte à la dignité humaine sont traumatisantes pour des majeurs, elles le sont *a fortiori* pour des mineurs »⁸⁶⁸. *A contrario*, des scènes, qui portent atteinte à la dignité personnelle des mineurs, sont nécessairement intolérables pour la société toute entière. La protection des mineurs devient, par conséquent, le critère de mesure de la norme de tolérance qui renvoie, par ailleurs, à la pensée morale dominante de notre époque, voire à la « personne raisonnable » ou à l'« observateur objectif et raisonnable »⁸⁶⁹.

La moralité publique repose donc sur celle des mineurs qui représente, finalement, le tronc commun de l'humanité. D'ailleurs, l'organisation internationale End Child Prostitution in Asien Tourism (ECPAT) invite « à catégoriser le crime d'être impliqué (de quelconque manière) avec de la pornographie enfantine en tant que crime contre l'humanité relevant donc du principe de la juridiction universelle »⁸⁷⁰. Autrement dit, « ce n'est pas un mineur qu'il s'agit de protéger mais la société tout entière »⁸⁷¹ en raison de l'atteinte faite à la dignité prise dans son sens universel alors qu'il ne s'agit, en définitive, que de la dignité personnelle. Toutefois, en raisonnant de cette manière, le législateur canadien, comme son homologue français, peuvent censurer les contenus dérangeants aux motifs qu'ils portent ou peuvent porter atteinte à la dignité personnelle des mineurs et, par conséquent, « intervenir dans toutes les facettes de la vie familiale »⁸⁷². C'est ainsi une façon détournée d'imposer une image normative de la sexualité, notamment sur le réseau Internet⁸⁷³ en le justifiant par la protection des mineurs, nouveau critère de censure, par le biais des articles 227-23 du C.pén. et 163.1 du C.crim. Ces derniers ne permettent pas de protéger les victimes d'actes

⁸⁶⁷ *Recommandation concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de la protection des mineurs et de la dignité humaine*, préc., note 567. Voir : J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 76.

⁸⁶⁸ C. BRISSET, préc., note 369, p. 47.

⁸⁶⁹ « Au lieu de censurer au nom des « mœurs » de la collectivité dans son ensemble, on censure au nom de la fragilité psychique de cette partie de la communauté que sont les mineurs. ceux-ci deviennent ainsi, comme avec la « corruption », les incarnations du citoyen pur, celui dont on aurait retranché la partie impure, celui qui n'agit pas trop et ne perçoit pas trop non plus » (M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 227).

⁸⁷⁰ ECPAT International, préc., note 376, p. 78.

⁸⁷¹ E. DREYER, préc., note 311, p. 429.

⁸⁷² P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 56 : « Que ce soit au niveau de l'éducation, des besoins ou des désirs des enfants, l'État a désormais un droit de regard sur tout ce qui touche de près ou de loin de nos enfants ».

⁸⁷³ *Id.*, p. 49; B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 48.

pédopornographiques⁸⁷⁴, mais seulement l'exploitation de l'image de ces dernières. En d'autres termes, la moralité publique fondée sur la protection des mineurs revient à contrôler nos mœurs contemporaines de la même manière qu'autrefois, dans le sens, qu'il s'agit de surveiller, voire discipliner les internautes en particulier, car les mineurs, en représentant la catégorie de personnes les plus vulnérables, sont considérés, en quelque sorte, comme le nouveau critère de mesure de la tolérance. La privation de liberté est donc « pour le bien de tous »⁸⁷⁵ car elle permet de sauvegarder les mœurs des moins de dix-huit ans et, indirectement celles de la société toute entière pourtant contrainte à subir des images ou représentations sexuelles dans son quotidien par le biais, par exemple, de la publicité ou des jeux vidéos⁸⁷⁶.

II. Un moyen de censure considérable

Notre droit criminel actuel s'est donc transformé en privilégiant des notions plus concrètes pour censurer et ainsi justifier les atteintes aux libertés fondamentales⁸⁷⁷. C'est ainsi que « ce qui est nouveau, c'est qu'on censure désormais au nom de la protection de l'enfance »⁸⁷⁸. Cette évolution, marquée par l'essor des nouvelles technologies de l'information et la mondialisation, représente en quelque sorte la valeur morale universelle qui permet d'unifier les États en manque de repères. C'est pour cette raison que le respect des mœurs passe par celui du regard du mineur sur la sexualité, seul à pouvoir déterminer les limites à la liberté sexuelle des adultes. La protection des mineurs devient alors un moyen de contrôle de la pornographie sur Internet, qui constitue la nouvelle menace de notre époque (A). Or, malgré un changement de paradigme, l'effet reste le même, celui de contrôler certains comportements jugés contraires à la dignité de la personne humaine. Toutefois, l'utilisation du regard du mineur comme modèle juridique avec le critère de la

⁸⁷⁴ *Id.*, B. LAVAUD-LEGENDRE.

⁸⁷⁵ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 47.

⁸⁷⁶ En effet, il ne faut pas oublier que « très omniprésent dans les médias, le sexe est un produit de consommation qui se donne à voir, se vend et fait vendre » (M. JASPARD, préc., note 14, p. 112).

⁸⁷⁷ Effectivement, « [l]e droit pénal, à travers les incriminations visant les personnes, se soucie davantage de protéger un être humain, compris comme un être de chair, que de préserver une entité juridique abstraite, titulaire de droits et d'obligations » (A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 622); F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 106.

⁸⁷⁸ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 227.

dignité peut engendrer d'importants abus puisque, au nom de l'intérêt supérieur de ce dernier, tout contenu pourrait être censuré (B).

A) Le contrôle de la pornographie sur Internet : la nouvelle menace

La sexualité a toujours causé certains problèmes moraux à la société qui se trouve envahie, depuis peu, par une vague de pornographie diffusée notamment par le réseau Internet. Celui-ci a alors suscité, de la part de l'opinion publique et des politiques, une certaine crainte, accentuée par les différentes affaires médiatisées à outrance relative à la pédopornographie⁸⁷⁹. C'est ainsi que les technologies avec la sexualité, par le biais de la pornographie, sont devenues les nouvelles menaces à combattre car elles porteraient atteinte à la dignité du mineur et à ses mœurs. D'ailleurs, les articles 227-23 et 227-24 du C.pén. ont tendance à être confondus par les juges. En effet, même si ces deux textes ont pour finalité le respect de la moralité publique en protégeant le mineur contre certains agissements sexuels dont certains sont apparus avec la toile⁸⁸⁰, ils diffèrent sur certains points à savoir que l'atteinte peut être directe ou indirecte à la moralité sexuelle du mineur : « la première « porte *directement* sur la personne même du mineur, celui-ci étant considéré comme un objet sexuel et un instrument destiné à satisfaire les passions d'autrui », alors que « dans la seconde, ce n'est qu'*indirectement* que les agissements incriminés mettent en péril l'équilibre sexuel du mineur et, plus généralement, sa moralité »⁸⁸¹. Autrement dit, la moralité publique actuelle, soit la moralité sexuelle, ne se préoccupe que du fait que le mineur ne se retrouve pas « objet sexuel », ni « spectateur sexuel »⁸⁸². Or, ces deux textes sont employés de manières confuses par les tribunaux, qui utilisent l'un pour l'autre et vice versa. Par exemple, la Cour de cassation, dans son rapport annuel de 2005 intitulé

⁸⁷⁹ J. THORAVALL (dir.), préc., note 112, p. 89.

⁸⁸⁰ En effet, le réseau Internet a permis le développement de nouveaux comportements sexuels ou du moins à accentuer certains d'entre-eux. C'est ainsi qu'il est devenu plus simple pour un adulte de se faire passer pour un mineur, afin de séduire ce dernier. La corruption de mineur s'est donc facilitée avec l'avènement des nouvelles technologies qui permettent, par exemple, l'anonymat ou l'usurpation d'identité pour rentrer en contact avec la victime mineure. Nous le verrons de manière plus détaillée dans notre seconde partie (*Infra*, p. 213).

⁸⁸¹ Propos de G. ROUJOU DE BOUBÉE, B. BOULOC, J. FRANCILLON, Y. MAYAUD (*Code pénal commenté*, Paris, Dalloz, 1996, p. 500) tirés de l'ouvrage d'Agathe LEPAGE intitulé *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité* (préc., note 315, p. 171).

⁸⁸² Expressions empruntées à l'auteur Étienne WÉRY dans son ouvrage intitulé *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs* (préc., note 73).

*L'innovation technologique*⁸⁸³, traite de la « Diffusion de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur » sous couvert de l'article 227-23 du C.pén. relatif à la pédopornographie alors qu'il s'agit, en principe, de l'article 227-24 du même texte. Il existe également des jurisprudences qui font cet amalgame⁸⁸⁴.

De manière générale, ces deux infractions ne concernent que les messages à caractère pornographique et la protection des mineurs. Il ne s'agit donc plus de sauvegarder les mœurs de l'ensemble de la société mais seulement celles des personnes de moins de dix-huit ans. En d'autres termes, l'infraction de l'article 227-24 du C.pén. « ne peut être retenue à l'encontre de l'auteur des faits que dans l'hypothèse où la preuve est rapportée que ce message est susceptible d'être accessible à des mineurs. C'est donc bien désormais la seule protection des mineurs qui sert de fondement à des poursuites à l'encontre de fabricants, de diffuseurs ou de commerçants de certains messages »⁸⁸⁵. Toutefois, même s'il y a eu un déplacement de la protection de la moralité publique, qui ne se préoccupe donc plus que d'une catégorie déterminée de personnes vulnérables, les mineurs, cette dernière possède un champ d'intervention très large puisqu'il ne faut pas que le regard et la morale du mineur soient compromis. Ils sont devenus, en quelque sorte, le nouveau critère de censure juridique pour contrer la liberté sexuelle, garantie par le principe de l'autonomie personnelle, qui se développe de plus en plus. Par conséquent, cela revient à contrôler les mœurs contemporaines, et plus spécialement sur le réseau Internet, mais en utilisant un critère unificateur et légitime que personne ne pourra contester au risque de passer pour un défenseur des « pédophiles ». C'est ainsi que l'expression « protection des mineurs » est invoquée seulement dans un « usage hypocrite ou purement instrumental »⁸⁸⁶ pour censurer tout ce qui pourrait porter, de près ou de loin, atteinte à la moralité des mineurs⁸⁸⁷.

⁸⁸³ COUR DE CASSATION, « Droit pénal spécial », préc., note 576.

⁸⁸⁴ Par exemple : CA Caen, 8 sept. 1999, préc., note 398; C.cass.crim., 12 oct. 2005, préc., note 577; CA Paris, 13 fév. 2007, préc., note 316.

⁸⁸⁵ C. BRISSET, préc., note 369, p. 44.

⁸⁸⁶ R. OGIEN, préc., note 225, p. 138.

⁸⁸⁷ « Chacun y allant de son argumentation et de son contre-argumentation coupées entre l'émotionnel et le rationnel, la soif d'une « liberté » de plus en plus grande qui exècre tout interdit et, en sous-main, la fausse protection de ceux qui ne sont pas, encore des adultes: les enfants. Après, eh! bien après, à l'âge adulte, l'être se dit responsable de ses actes. Tant pis pour lui, qu'il se débrouille, il n'est plus à protéger, il sait ce qu'il fait car, pour le moment, loin d'être homogène d'un pays à l'autre, l'interdit se concentre autour de l'épouvantail des enfants en danger : la pornographie enfantine » (P. BENSIMON, préc., note 229, p. 18).

Dans tous les cas, seule aujourd'hui la protection des mineurs semble être le critère de censure sur le réseau Internet d'un contenu à caractère sexuel, comme la pornographie⁸⁸⁸. En effet, « c'est surtout cependant dans un esprit de préservation et de protection morales que la jeunesse a fait l'objet d'une attention particulière tant de la part du législateur que de la jurisprudence »⁸⁸⁹. Le droit criminel actuel ne s'intéresse donc qu'à deux choses à contrôler à savoir, d'une part, les mineurs et, d'autre part, la sexualité. Autrement dit, « ce n'est plus la « morale » en général, mais la « sexualité » en particulier qui est objet de répression »⁸⁹⁰. La sexualité est par conséquent contrôlée sur la toile, non plus au nom des « bonnes mœurs » d'antan, mais par le critère de la protection des mineurs, qui s'est développé de manière significative avec l'avènement du réseau Internet qui, visiblement, engendre une certaine crainte de la part du législateur français, comme canadien⁸⁹¹. Elle est devenue la seule et réelle menace morale et sociale de tous, et pas seulement des personnes mineures⁸⁹².

B) Des abus possibles au nom de l'intérêt supérieur du mineur

En érigeant « la protection des mineurs » comme critère fondamental de limitation de la liberté, le législateur s'est trouvé un moyen important de censure et de contrôle, notamment des internautes⁸⁹³. Autrement dit, les libertés fondamentales sont amenées à être mises à mal au profit de l'intérêt supérieur du mineur⁸⁹⁴. C'est ainsi qu'en disciplinant les

⁸⁸⁸ « Aujourd'hui, seule la protection des mineurs justifie un contrôle des publications et des images cinématographiques. Mais, d'une certaine façon, le problème de l'arbitraire n'est pas encore résolu » (M. MARZANO, *La pornographie ou l'épuisement du désir*, Paris, Buchet Chastel, 2003, p. 79).

⁸⁸⁹ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 118.

⁸⁹⁰ R. OGIEN, préc., note 225, p. 72.

⁸⁹¹ Comme l'apparition de toutes nouvelles technologies, le législateur, mais également la population, démontrent une certaine peur envers ces dernières. Pour répondre à ces craintes, « à chaque évolution technologique, le législateur a réagi en légiférant de nouveau » en suivant « le même parcours que les anciennes technologies : celui de la réglementation et de l'interdit » (P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 79).

⁸⁹² *Id.*, p. 106.

⁸⁹³ « Le Gouvernement français, lui aussi, invoque les réseaux pédophiles, la violence, la pornographie sur Internet comme autant de raisons justifiant un retour à la censure, une pratique que l'on avait pas vu depuis un peu plus de cinquante ans » (Marc OLANIÉ, *Les enfants, prétexte à censure*, 22 sept. 2005, en ligne : Réseaux et Télécoms <<http://securite.reseaux-telecoms.net/actualites/lire-les-enfants-pret-xe9-texte-et-xe0-censure-11133.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

⁸⁹⁴ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 170 : « La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants ».

personnes de moins de dix-huit ans, le droit criminel par la même occasion éduque les adultes en ce qui concerne la sexualité de plus en plus présente sur Internet.

L'intérêt supérieur du mineur peut ainsi entraîner une censure importante, alors qu'il s'agit d'un concept flou⁸⁹⁵. En effet, le respect de la moralité publique est actuellement fondé sur cet intérêt devenu primordial dans nos sociétés actuelles. Elle est déduite des articles 227-23 et 227-24 du C.pén., dont les corollaires sont les articles 163 et 163.1 du C.crim. Une distinction doit néanmoins être faite avec le droit criminel, qui possède toujours une infraction générale pour réprimer la moralité publique. Il s'agit du premier texte relatif à la corruption des mœurs, qui incrimine tout message obscène qui expose également le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. À la différence des dispositions françaises, il ne se préoccupe pas de la seule moralité des mineurs. Il prend en compte celle de l'ensemble de la population. Toutefois, il est clair que, notamment sur Internet, la protection du mineur envers certains messages sert à appuyer l'incrimination dans le but de le protéger dans son intérêt supérieur⁸⁹⁶.

En outre, le fait de censurer au nom de la « protection des mineurs » peut venir interférer dans le rôle des parents. En effet, ces derniers, comme nous l'avons déjà souligné⁸⁹⁷, doivent s'occuper de leurs enfants à tous les niveaux, par exemple, moral et psychique. C'est ainsi qu'en principe, il incombe aux parents de surveiller les contenus que leurs progénitures visualisent sur la toile. Or, le législateur, en s'insérant de plus en plus dans la vie familiale et en censurant au nom de l'intérêt supérieur du mineur, instaure « une certaine forme de déresponsabilisation des parents face à leur rôle parental »⁸⁹⁸, parfois remplacé également par la technique. Toutefois, l'autorité parentale reste le premier moyen de sauvegarde de la vulnérabilité des personnes de moins de dix-huit ans puisqu'elles sont,

⁸⁹⁵ « C'est donc un concept juridique très moderne, qui n'a guère fait l'objet d'études de manière globale, car le contenu reste assez flou et les fonctions sont multiples. Il est dès lors plus examiné par rapport à tel point précis ou expliqué par la jurisprudence que véritablement expliqué de manière systématique. Abstrait, il doit « ...permettre au droit de s'adapter aux exigences concrètes de la vie... » » (Jean ZERMATTEN, *L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique*, Working report, Institut International des droits de l'enfant, 2003, en ligne : <http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 4).

⁸⁹⁶ R. c. *Butler*, préc., note 280: « Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation induite des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants ».

⁸⁹⁷ Voir : *Supra*, p. 41.

⁸⁹⁸ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 112.

par ailleurs, sous la responsabilité de leurs parents. Or, ils sont souvent perdus par les nouvelles technologies, ce qui fait qu'ils ont tendance à se reposer sur l'État pour combler leurs lacunes. D'ailleurs, celui-ci paraît très enthousiaste de reprendre une certaine place dans la régulation d'Internet mise à mal par l'aspect international⁸⁹⁹ et ainsi asseoir l'idée de l'État providence.

Depuis l'essor des nouvelles technologies, le droit doit donc faire preuve de conciliation avec la technologie. En d'autres termes, « la conciliation à laquelle il faut parvenir est donc particulièrement complexe, car l'équilibre purement juridique à établir entre des intérêts contraires (liberté d'expression et intérêts des mineurs) doit se doubler d'une juste répartition des compétences entre le droit et la technique »⁹⁰⁰. Le droit semble utiliser à son profit la technique pour s'adapter aux différents changements, même si, cela pourrait être considéré comme un déchargement d'une partie de son pouvoir régalién au profit de la technique, notamment avec les logiciels de filtrage et les sites labellisés⁹⁰¹.

Section2: Une liberté d'expression restreinte : le problème des immunités légales

Le critère de la « protection des mineurs » permet d'inclure un grand nombre de contenus, dont le champ d'application est plus large que l'ancien critère général des « bonnes mœurs » ou de l'« obscénité ». Mais surtout, il permet de légitimer et justifier toutes atteintes aux libertés fondamentales sur un vecteur qui, « dès sa création, (...) a été marqué par un esprit de liberté, [et] le refus de toute forme de censure »⁹⁰². En effet, un contenu peut être interdit du seul fait qu'il puisse causer un préjudice au développement mental et psychique du mineur. C'est ainsi que toutes images ou représentations, même sans être obscènes, peuvent être interdites au nom de la « protection des mineurs ». La liberté d'expression, dans ce cas-là, est donc fortement limitée. Toutefois, cette dernière est

⁸⁹⁹ *Id.*, p. 107: « Avec le transfert de cette pornographie vers un univers nouveau, le législateur se sent démuné, il perd le contrôle de ses citoyens car le Cyberspace est un média sans frontières, actuellement sans limites légales définies. D'où le « besoin » urgent pour l'État de trouver des valeurs justificatrices et légitimatrices de son intervention juridique ».

⁹⁰⁰ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 204.

⁹⁰¹ *Id.*

⁹⁰² J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 89.

garantie par de nombreux textes, aussi bien nationaux qu'internationaux⁹⁰³. Il s'agit en droit canadien de l'article 2 de la *Charte canadienne*⁹⁰⁴, en droit québécois de l'article 3 de la *Charte québécoise*⁹⁰⁵ et, pour le droit français, emprunt de droit européen, des articles 11 de la *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789⁹⁰⁶ et 10 de la *Conv.EDH*⁹⁰⁷. Cette liberté fondamentale, malgré une valeur constitutionnelle, peut faire l'objet de restriction par une règle de droit selon certaines conditions⁹⁰⁸. C'est pour cette raison que la protection des mineurs, par le biais des dispositions relatives à la pédopornographie, représente, selon les législateurs canadiens et français, une limite raisonnable et justifiée à cette liberté d'expression⁹⁰⁹. D'ailleurs, les moyens de défense pour le droit canadien ou les faits justificatifs pour le droit français sont davantage restreints d'années en années, ce qui démontre une certaine sévérité de la part de l'État à l'encontre de la pédopornographie (I). Or, cette diminution peut poser certains problèmes avec le respect de la vie privée des individus, même mineurs, et plus spécialement au niveau de leur liberté sexuelle. En effet, un compromis est nécessaire afin de ne pas faire de l'État, un État totalitaire⁹¹⁰ (II).

⁹⁰³ Cette liberté a été réaffirmée par l'article premier de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme* (préc., note 57) et par l'article 19 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies du 16 décembre 1966 (A.G. Rés. 2200 A (XXI), Doc. N.U.).

⁹⁰⁴ *Charte canadienne*, préc., note 52 : « Chacun a les libertés fondamentales suivantes : (...) b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication ».

⁹⁰⁵ *Charte québécoise*, préc., note 103 : « Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association ».

⁹⁰⁶ *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 57, art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Ce texte ne possède aucune valeur juridique au sens strict du terme.

⁹⁰⁷ *Conv.EDH*, préc., note 57 : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

⁹⁰⁸ *Id.*, al. 2 : « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » ; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 1 : « La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ».

⁹⁰⁹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁹¹⁰ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 111 : « La différence entre les régimes totalitaires et les régimes démocratiques est probablement ici : alors que l'un (totalitaire) utilise son pouvoir à la vue et au su de tous, l'autre (démocratique) masque ses techniques disciplinaires. L'un et l'autre oeuvrent toutefois pour augmenter leur pouvoir et leur emprise sur la population ».

I. Des moyens de défense en voie de diminution

Dans une société libre et démocratique, il est nécessaire de limiter la liberté d'expression, notamment lorsque cette dernière vient porter atteinte à l'ordre public et à la dignité de la personne humaine, aussi bien dans son sens universel que personnel⁹¹¹. C'est pour cette raison que malgré une législation assez complète pour lutter contre la pédopornographie afin de protéger les mineurs contre tous comportements sexuels, les législateurs canadiens et français ont institué des moyens de défense ou des immunités légales pour limiter le champ d'application de l'incrimination. En effet, certains contenus sont d'utilité publique ou du domaine public, ce qui leur permet d'être exemptés de la sanction encourue en cas de pédopornographie, dont le champ d'application est relativement large. Une précision doit être amenée, à savoir que le droit criminel canadien diffère du droit pénal français de tradition différente. Le premier possède un *Code criminel* très détaillé, ce qui explique que tous les moyens de défense y sont insérés, contrairement au droit pénal français. Avec l'évolution des technologies, les moyens de défenses ont également été modifiés et adaptés (A). C'est pour cette raison que l'âge devient, encore ici, un critère déterminant pour bénéficier de cette immunité, mais également l'apparence de la personne qui ne doit pas ressembler à un mineur (B). Dans tous les cas, ils tendent vers une intolérance de toute représentation sexuellement explicite du mineur.

A) L'évolution des immunités légales : vers une intolérance de la représentation pornographique d'un mineur

En droit canadien, les moyens de défense en matière de pédopornographie sont limités par l'article 163.1 du C.crim. En effet, ils permettent de réduire la portée de la loi et ainsi protéger les individus contre tout abus. C'est ainsi que, d'après les dispositions du texte canadien plus explicites et détaillées que le texte français traitant de la même incrimination, « [n]ul ne peut être déclaré coupable d'une infraction au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction : a) ont un but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts ; b) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans ». Autrement dit, il est clair que l'image du mineur devient une sorte d'« icône » à protéger contre toutes atteintes possibles à sa dignité

⁹¹¹ *Infra*, p. 109.

personnelle. Toutefois, malgré des modifications en droit canadien suite à l'arrêt *R. c. Sharpe*⁹¹², les moyens de défense traditionnels sont toujours présents même si limités (1). Mais une véritable difficulté persiste en ce qui concerne le moyen de défense relatif aux arts (2).

1) Les moyens de défense traditionnels : la diminution du champ d'application

Les moyens de défense fondés sur l'administration de la justice, la science, la médecine et l'éducation sont traditionnels. Ils peuvent se retrouver un peu partout dans les différentes législations. Il s'agit d'une limite raisonnable à l'incrimination. D'ailleurs, ils « doivent être interprétés libéralement et en conformité avec l'intention du législateur »⁹¹³. En effet, il serait inadéquat de sanctionner un manuel traitant de l'anatomie du mineur du seul fait que ce dernier est nu sur les représentations ou un manuel d'éducation sexuelle aux motifs qu'ils montrent des adolescents dans des positions sexuelles explicites. Dans ces différents cas, il n'y a pas de pédopornographie en tant que tel car le but légitime n'est pas une satisfaction sexuelle. Autrement dit, il faut que la représentation ait un but légitime dans l'un des domaines cités. C'est ainsi que les juges vont être amenés à déterminer si telle ou telle image a pour destination le domaine public ou des disciplines qui demandent une étude détaillée sur le corps du mineur. La nudité du mineur est alors justifiée car elle permet d'étudier, voire approfondir la connaissance sur ce dernier. Le contexte est donc important pour déterminer si telle ou telle représentation d'un mineur nu est pédopornographique ou non. D'ailleurs, comme nous l'avons exposé dans un autre développement⁹¹⁴, un parent qui prend son enfant nu en photo ne sera pas inquiété, si et seulement si, elle reste une simple représentation et que le contexte dans laquelle elle se trouvera ne comportera pas de sexualité. En d'autres termes, il ne faut pas que la photo ait pour caractéristique dominante la représentation d'un comportement sexuel explicite et qu'elle soit prise dans un but sexuel⁹¹⁵.

⁹¹² *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁹¹³ *Id.*, § 69.

⁹¹⁴ *Supra*, p. 64.

⁹¹⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 51.

Toutefois, le législateur est intervenu suite à l'arrêt *R. c. Sharpe*⁹¹⁶, qui avait suscité bien des passions par le biais du *Projet de Loi C-12, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*⁹¹⁷ et, le *Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'Autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*⁹¹⁸ pour diminuer les moyens de défense. En effet, avant la modification, le moyen de défense était le suivant, à savoir que « la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical » et qu'il soit « fondé sur le bien public prévu par les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité »⁹¹⁹. La Cour suprême du Canada a décidé, toujours dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, que

« [l]e « bien public » a été interprété comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général ». (...) On pourrait soutenir que la possession de matériel qui favorise l'épanouissement expressif ou psychologique ou qui renforce l'identité sexuelle d'une personne d'une façon non préjudiciable pour autrui sert le bien public. Dans certains cas, cela pourrait éliminer certaines des applications les plus problématiques du par. 163.1 (4). Par exemple, cela pourrait parfois empêcher que la disposition s'applique à des œuvres visuelles créées et conservées en privé par une seule personne, ou à des enregistrements privés que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales. »⁹²⁰

C'est ainsi que les juges ont reconnu qu'il était possible de garder pour son usage personnel certains documents qui « ne présente que peu ou pas de risques de préjudices pour les enfants »⁹²¹. En effet, ce qui pose un véritable préjudice à l'adolescent est le fait de diffuser et de distribuer les images. Par conséquent, le régime est le même que pour les personnes

⁹¹⁶ *Id.*

⁹¹⁷ Le *Projet de Loi C-12, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada* (52-53 Élisabeth II, 2004) a introduit le moyen de défense fondé sur le « bien public ». Voir : *Projet de Loi C-20, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, déc. 2002.

⁹¹⁸ *Projet de Loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'Autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 13 oct. 2004. Il deviendra la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, L.C. 2005, c.32 (*Projet de loi C-2*).

⁹¹⁹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 6.

⁹²⁰ *Id.*, § 70 et 71; *R. c. American News Co.*, (1975) 25 C.R. 374, 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.).

⁹²¹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 75; « Toutefois, le paragraphe (3) de l'article 263 précise bien que l'acte en question ne doit pas outrepasser le bien public. En conséquence, « il n'y a plus de justification si l'acte et fait d'une telle manière, à un point tel ou dans de telles circonstances qu'il excède ce que le bien public exige en regard du sujet particulier » (DIVISION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Le projet de loi C-15A modifiant le Code criminel » 42 (août 2002) *Le conseiller juridique* 1, p. 2).

majeures avec pour seule différence, que ces dernières peuvent donner leur consentement pour que la représentation soit diffusée publiquement, comme sur le réseau Internet.

En procédant à ce changement législatif, le droit criminel canadien est devenu plus restreint dans ces moyens de défense puisque le critère du « bien public » permettait une application plus large. C'est pour cette raison que le législateur a décidé que « la défense n'est possible que pour les actes qui découlent d'une intention légitime relative à la justice, la science, la médecine, l'éducation ou l'art et qui ne posent pas de risque excessif de préjudice à l'endroit des enfants »⁹²². Autrement dit, le critère du « but légitime » a une portée plus restreinte⁹²³. Toutefois, même si le document passe ce premier critère, il doit, de surcroît, ne présenter aucun préjudice à l'égard des personnes mineures, ce qui limite considérablement l'effet des moyens de défense et ainsi élargit le champ d'application de l'infraction de pédopornographie.

De manière générale, que cela soit le « but légitime » ou le « bien public », il s'agit de concepts flous dont la signification et la portée ne sont pas claires⁹²⁴. D'ailleurs, le juge va être amené à donner son avis personnel sur chaque document afin de déterminer s'il est ou non destiné dans un des domaines précités, mais surtout s'il n'engendre aucun risque pour les mineurs⁹²⁵. Autrement dit, un risque d'arbitraire de la part des tribunaux est envisageable au détriment de la liberté d'expression aux motifs de la protection des mineurs et de l'intérêt supérieur de ce dernier⁹²⁶. De plus, c'est le dernier critère du « risque indu »

⁹²² Propos de l'honorable Paul Harold MACKLIN, dans CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242, p. 2.

⁹²³ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Mémoire sur le projet de loi C-2 Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)*, Section nationale de droit pénal, avril 2005, en ligne : <<http://www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/05-21-fr.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

⁹²⁴ *Id.*, p. 7.

⁹²⁵ CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242, « Les libéraux proposent maintenant (...), une toute nouvelle échappatoire, qui s'appelle cette fois le « but légitime » »; « la notion du « bien public », qui leur apparaît trop vague et subjective, permettrait une foule d'interprétations contradictoires qui varieraient selon la personne responsable de l'accusation » (Marc-André BLANCHARD et Florence LUCAS, « Divertir la liberté d'expression », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 208, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2004, p. 31-59, à la page 55).

⁹²⁶ « Je crois qu'il y en a beaucoup d'autres qui s'interrogent aussi sur l'ampleur du pouvoir discrétionnaire que nous conférons à nos tribunaux » (Propos de Monsieur Joe COMARTIN, dans CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242, p. 11).

qui vient nécessairement limiter les moyens de défense de manière encore plus considérable et instaurer une protection accrue du mineur et, plus spécialement de son image. Les différentes modifications législatives survenues en réponse à la décision de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sharpe*⁹²⁷, ont donc eu pour finalité d'élargir l'infraction de pédopornographie au détriment des moyens de défense, qui se sont vus limités dans leur portée⁹²⁸. La réaction peut paraître excessive puisque l'accusé Sharpe, même s'il n'a pas été condamné sur ses documents écrits, l'a néanmoins été pour tous les autres⁹²⁹.

En droit français, il s'agit également d'un fait justificatif. Toutefois, ils ne sont pas mentionnés de manière explicite dans l'article 227-23 du C.pén. En effet, ils représentent des moyens de défense traditionnels, ce qui explique qu'ils n'ont pas besoin d'être mentionnés dans chaque disposition pouvant porter atteinte à la liberté d'expression en raison de la tradition civiliste du droit français. Néanmoins, contrairement au droit criminel canadien, le droit pénal français est encore plus restrictif. Effectivement, il s'agit d'un fait justificatif et non d'une véritable immunité légale, comme le souligne la Cour d'appel de Paris dans sa décision du 12 mars 1958,

« [c]onsidérant que si la loi n'interdit l'étude ou l'exposé d'aucun sujet ou d'aucun thème ayant trait aux rapports entre les sexes et touchant d'une manière générale à la sexualité, elle n'édicte d'autre part aucune immunité qui mettrait les savants, les penseurs, les littérateurs et les artistes à l'abri de poursuites pénales lorsque leurs travaux ou leurs œuvres comportent un outrage aux bonnes mœurs »⁹³⁰,

et donc à la protection des mineurs. Autrement dit, il ne s'agit que de moyens de défense relatifs puisqu'ils restent soumis à la législation relative à la pédopornographie. À première vue, nous pourrions penser que les droits canadiens et français sont différents, mais il n'en est rien. En effet, dans les deux cas, les domaines relatifs à l'administration de la justice, à la science, à la médecine et à l'éducation font partie de l'exception, si et seulement si, les

⁹²⁷ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁹²⁸ ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Mémoire sur le projet de loi C-2 Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)*, préc., note 923, p. 5; R MACKAY, préc., note 209, p. 2 et 3.

⁹²⁹ En effet, « [l]es histoires qui ont fait l'objet de l'acquittement ne constituaient qu'une infime partie de sa collection et qu'il n'était pas nécessaire que celles-ci fassent l'objet d'accusations pour que Sharpe soit effectivement condamné et emprisonné » (CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, *Mémoire de la conférence canadienne des arts relativement au Projet de Loi C-2*, Ontario, 7 avril 2005, en ligne : <http://www.ccarts.ca/fr/advocacy/publications/documents/C-2law_002.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 4).

⁹³⁰ CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303.

conditions des articles 163.1 du C.crim. et 227-23 du C.pén. ne sont pas remplies et qu'ils ne comportent pas de risque indu pour les mineurs.

2) Le problème relatif aux arts : un compromis difficile

L'imprécision des faits justificatifs ou des moyens de défenses d'une infraction n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale⁹³¹. Ce qui explique que ces derniers doivent être clairs et précis afin de respecter l'article 7 de la *Charte canadienne*⁹³². Or, ils le sont plus ou moins. En effet, le problème actuel se situe entre, d'une part, la sexualité et, d'autre part, l'art. Il est difficile de faire la part des choses entre ce qui est considéré comme de l'art et ce qui devrait être considéré comme de la pornographie. C'est ainsi que la question suivante se pose à savoir, « est-ce de l'art? Et si c'est de l'art, cela suffit-il à justifier le sexe? »⁹³³. La réponse semble être la négation. La représentation de la sexualité a tendance à être limitée, voire interdite sur certains médias. D'ailleurs, Internet constitue l'un d'eux avec l'application systématique du critère de la « protection des mineurs » accompagné par celui de la « dignité de la personne humaine ».

L'art a toujours suscité des difficultés bien avant l'arrivée du réseau⁹³⁴. Ce dernier n'a fait que remettre sur la scène juridique ce vieux dilemme⁹³⁵. Il est clair que la liberté d'expression, droit fondamental, vient protéger les artistes contre toutes censures⁹³⁶, même si cette dernière n'est pas absolue. Il s'agit donc d'un moyen de défense, mais sous réserve de respecter certaines conditions. Il y a, par conséquent, toujours un certain aléa qui plane

⁹³¹ R. c. *Morgentaler*, préc., note 607.

⁹³² *Charte canadienne*, préc., note 52.

⁹³³ A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 147.

⁹³⁴ « Le théâtre, parce qu'il était lieu de réunion et parce qu'il pouvait être populaire, était étroitement surveillé, comme le fut aussi plus tard le cinéma, cet autre spectacle de masse. Le développement de la pensée, des moyens de la communiquer et de la faire connaître pourrait se lire en parallèle avec les moyens utilisés pour faire obstacle à la circulation des idées, des opinions et des écrits ou pour en restreindre les aspects estimés dangereux pour les lecteurs ou les pouvoirs » (COUR DE CASSATION, « La liberté d'expression, la loi et le juge (par M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation) », préc., note 862).

⁹³⁵ Par exemple, les oeuvres suivantes ont connu quelques difficultés: le *David* de Michel-Ange, *Le jugement dernier* de Goya et *Le déjeuner sur l'herbe* de Manet. « À l'époque de leur création, elles ont toutes provoqué un scandale en défiant les valeurs sociales dominantes. Chacune de ces grandes œuvres a fait l'objet de tentatives de censure par des saisies douanières, de rétention, de destruction ou l'on a exigé qu'elles soient drapées (Michel-Ange, Goya, Manet) et l'on a menacé les galeries les exposant d'être accusées d'obscénité » (CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 2 et 3).

⁹³⁶ R. c. *Butler*, préc., note 280, p. 34: « L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression ».

sur l'artiste et son œuvre puisqu'« il est impossible de faire la distinction entre l'expression de la sexualité interdite et l'expression artistique protégée lorsque la production du matériel en question ne cause de préjudice à personne »⁹³⁷. Cette insécurité est d'ailleurs renforcée, depuis quelques années, avec cet engouement pour la protection des mineurs et de leur morale.

En droit canadien, la liberté d'expression garantie par l'article 2 de la *Charte canadienne*⁹³⁸ possède une application plus large qu'en droit français, même si l'article 10 de la *Conv.EDH*⁹³⁹ institue également cette liberté comme une valeur constitutionnelle. La Cour suprême du Canada a reconnu que cette liberté protège toutes les formes d'expression aussi bien orale, écrite, picturale, sculpturale, la musique, la danse ou le cinéma⁹⁴⁰. Toutefois, l'obscénité et la pornographie se situent « à la limite de ce que protège la liberté d'expression »⁹⁴¹. En effet, « bien qu'une publication puisse avoir du mérite artistique, cela ne l'empêche pas d'être obscène, c'est-à-dire d'avoir comme caractéristique principale l'exploitation de choses sexuelles »⁹⁴². Les tribunaux canadiens comme français font la différence entre le mérite artistique et la pornographie. Une œuvre visiblement ne peut pas être pornographique⁹⁴³. Or, la nuance faite entre ce qui est une œuvre et de la pornographie n'a pas de raison d'être. En effet, une « œuvre peut être pornographique sans que cela l'exclue du champ de l'art »⁹⁴⁴. Le cas des écrits du Marquis de Sade l'illustre parfaitement puisqu'une décision de la Cour d'appel de Paris datant du 12 mars 1958 avait jugé les œuvres de ce dernier comme un outrage aux bonnes mœurs, puisqu'elles étaient obscènes et pornographiques⁹⁴⁵. Le tribunal reconnaît, néanmoins, le caractère littéraire des ouvrages de Sade. Il est donc possible qu'un écrit soit une œuvre et qu'il soit pornographique. Par conséquent, « [l]'œuvre est œuvre, juridiquement s'entend, non pas en fonction de son

⁹³⁷ CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 3.

⁹³⁸ *Charte canadienne*, préc., note 52.

⁹³⁹ *Conv.EDH*, préc., note 57.

⁹⁴⁰ *R. v. Metro News Ltd.*, (1986) 53 C.R. (3d) 289, 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.), 1986 CanLII 148 (ON C.A.); *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors*, (1983) 147 D.L.R. (3d) 58 (C.D. Ont.); *R. c. Videofltcks Ltd.*, (1985) 14 D.L.R. (4th) 10 (C.A. Ont.).

⁹⁴¹ *KIS Films Inc. c. Vancouver (City)*, (1992) 10 M.P.L.R. (2d) 229 (C.S.C.-B.).

⁹⁴² *R. c. Metro News Ltd.*, (1986) 53 C.R. (3d) 289, 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.); Guy COURNOYER et Gilles OUMET, *Code criminel annoté 2007*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006, p. 267.

⁹⁴³ « La reconnaissance préalable du caractère pornographique de l'image semble d'ailleurs exclure toute dimension artistique qui la sublimerait » (E DREYER, préc., note 311, p. 431).

⁹⁴⁴ A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 147.

⁹⁴⁵ CA Paris, 12 mars 1958, préc., note 303.

contenu, pornographique ou pas, mais de sa forme artistique et de la façon dont elle articule la forme et le fond »⁹⁴⁶.

En outre, pour déterminer si une œuvre est obscène ou non, les juges font appel à différents critères dégagés dans l'arrêt *R. c. Butler*⁹⁴⁷ et ils concluent que

« les mots « valeur artistique » doivent s'entendre de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu'il produit de l'art, l'artiste ne devrait tout simplement pas craindre d'être poursuivi en vertu du paragraphe 163.1(4) »⁹⁴⁸.

Par conséquent, une œuvre ne sera plus considérée comme telle dès qu'elle sera qualifiée de pornographique. Or, de nombreux artistes ont été inquiétés par les tribunaux ou ont été mal reçus par la société de leur époque alors qu'aujourd'hui, ils sont considérés comme des artistes. Il est donc clair que le terme « pornographie » ou « obscène » ne sont pas des critères pour déterminer si une œuvre est de l'art ou non. Heureusement, car de nombreux artistes se retrouveraient censurés. C'est pour cette raison que les romans *Lolita* de Nabokov, le *Decameron* de Boccace et *Le Banquet* de Platon ne constituent pas des œuvres illégales⁹⁴⁹, alors qu'elles contiennent toutes des passages relatifs à la sexualité, voire avec des mineurs. Ces différentes œuvres n'ont pas été sanctionnées aux seuls motifs qu'elles n'ont pas pour « caractéristique dominante » la description « dans un but sexuel » d'une activité sexuelle avec une personne de moins de dix-huit ans, qu'elles ne préconisent ou ne conseillent pas une activité sexuelle et qu'elles ont un certain mérite artistique ce qui en font des œuvres artistiques et non, parce qu'elles ne sont pas pornographiques.

Or, actuellement, une autre problématique vient limiter les artistes. Il s'agit du critère de la « protection des mineurs ». En effet, avec ce dernier, il est difficile d'affirmer qu'un film montrant un adolescent dans une position sexuellement explicite ne serait pas inquiété. Il

⁹⁴⁶ A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 147.

⁹⁴⁷ *R. c. Butler*, préc., note 280; M.-A. BLANCHARD et F. LUCAS, préc., note 925, p. 53 : « Somme toute, face à une œuvre à caractère sexuel, le tribunal doit : - considérer si l'œuvre renferme du matériel sexuellement explicite indu, au sens de la loi et de la jurisprudence précitée; - déterminer si cette exploitation induite est l'objet principal de l'œuvre ou si cette représentation a essentiellement une fin artistique; - dans le contexte de l'ensemble de l'œuvre, juger si ce matériel sera perçu comme nocif pour la société; - dans l'incertitude, « (L)'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et toute doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression ».

⁹⁴⁸ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁹⁴⁹ Alain-Robert NADEAU, « Pornographie et liberté d'expression (II) », (2002) 34 *J.duB.* n°9.

existe donc des incertitudes. D'ailleurs, le film *Le Nécrophile* de Philippe Barassat en est une bonne illustration. Il « présente une scène dans laquelle la petite fille, pour détourner le nécrophile de son amour des mortes, s'offre à lui. Une scène les représente nus, le nécrophile se couchant sur elle, puis renonçant à faire l'amour avec elle »⁹⁵⁰. Se pose alors la question de la représentation d'un mineur nu dans une scène sexuelle sans pour autant que cela soit pornographique. Selon les dispositions de l'article 227-23 du C.pén., cette scène ne serait pas considérée comme pornographique d'après les conditions dégagées par la jurisprudence. En effet, il n'y a pas de passage à l'acte mais seulement une invitation de la mineure. Mais dans le cas contraire, il y a beaucoup de chance que la scène soit qualifiée de pédopornographie par les juges surtout avec l'essor actuel pour la protection des mineurs, même en âge d'avoir des relations sexuelles. Par contre, selon l'article 163.1 du C.crim., la scène serait sanctionnée si les organes génitaux de la mineure sont visibles ou si elle se livre à une activité sexuelle explicite. Or, dans notre cas, l'acte sexuel n'est pas consommé, il est juste annoncé sans aucun passage à l'acte. Toutefois, il est interdit de préconiser ou conseiller « une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans »⁹⁵¹. Autrement dit, les juges pourraient valablement considérer que la scène en question préconise, voire conseille une relation sexuelle avec une mineure de moins de dix-huit ans. Mais également, même si elle est appréciée comme une œuvre et donc comme de l'art, elle ne pourrait vraisemblablement pas passer puisqu'elle peut être considérée comme exposant les mineurs à un préjudice⁹⁵².

Il est clair qu'aujourd'hui toute œuvre mettant en scène un adolescent dans un contexte sexuel se voit la possibilité d'être censuré au nom de la protection des mineurs et surtout d'être qualifié de pédopornographie, voire de pédophilie, en raison de l'amalgame entre les deux notions⁹⁵³. C'est pour cette raison également qu'il est impossible pour des adolescents, pourtant ayant l'âge de la majorité sexuelle, soit seize ou quinze ans, d'exprimer son expérience sexuelle avec une autre personne dans un écrit, un dessin, un film ou une

⁹⁵⁰ A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 139.

⁹⁵¹ C.crim., art. 163.1 (1) b).

⁹⁵² Avant la réforme, les juges de l'arrêt *R. c. Sharpe* (préc., note 30, § 65) ont décidé que « il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre ».

⁹⁵³ Actuellement, « les artistes n'ont pas le droit, aux yeux de certains, d'évoquer, de représenter, par quelque moyen que ce soit (littérature, dessin, cinéma, photo), la pédophilie ou la sexualité enfantine » (A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 140).

chanson⁹⁵⁴. En effet, ils s'exposeraient à des accusations criminelles de pédopornographie. Les artistes sont donc contraints d'avoir un « but légitime » et surtout de ne pas engendrer de « risque indu » aux mineurs. Autrement dit, les tribunaux sont ainsi amenés à déterminer si le but de l'artiste est légitime dans notre société et si son art ne pose aucun risque excessif de préjudice pour les mineurs, qui représentent la société dans son ensemble. Les juges vont devoir juger de la légitimité de l'œuvre ainsi que les policiers⁹⁵⁵. Une certaine part de subjectivité et d'arbitraire est détectable ce qui vient nécessairement limiter la liberté d'expression des artistes. En accord avec la Conférence canadienne des arts, le moyen de défense de la « valeur artistique » tel que défini dans l'arrêt *R. c. Sharpe*⁹⁵⁶ semblait plus favorable aux artistes⁹⁵⁷.

B) L'importance de l'âge de la personne représentée : la « pseudo-pédopornographie »

La législation relative à la pédopornographie repose sur le critère de l'âge afin de déterminer la présence ou non d'un mineur sur le document. Autrement dit, il est important d'identifier l'âge de la personne représentée sur le document car, selon ce dernier, il peut s'agir d'une infraction ou non. Toutefois, il s'avère difficile de connaître l'âge des personnes sur les différents documents ce qui peut parfois poser des difficultés pour caractériser l'infraction de pédopornographie. Il n'est donc pas aussi facile de mettre un âge

⁹⁵⁴ CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 3-5 : « Puisque la représentation d'activités sexuelles impliquant des personnes de moins de 18 ans est réputée être de la pornographie juvénile, il est interdit pour les artistes d'aborder un aspect normal et central du développement des jeunes adultes ».

⁹⁵⁵ *Id.*, p. 6 : « une évaluation de la légitimité du but amènera les policiers à juger de l'œuvre d'un point de vue subjectif selon qu'elle accorde trop d'importance au sexe ou à la sexualité ou que la place accordée au sexe ou la sexualité est gratuite ou superflue; une évaluation de la légitimité du but amènera inévitablement les policiers à juger de la réussite d'une œuvre. (...) Vu sa nature auto-limitative, ce moyen de défense n'offrira une protection contre la censure et la condamnation qu'aux seuls artistes demeurant dans les limites des valeurs faisant consensus, ce qui va à l'encontre de la liberté d'expression ».

⁹⁵⁶ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 61-67 : « En outre, il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Restreindre le moyen de défense fondé sur la valeur artistique à ce qui n'expose les enfants à aucun risque de préjudice contrecarrerait l'objet de ce moyen de défense ».

⁹⁵⁷ CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 7. En outre, certains pensent au contraire que la restriction des moyens de défense ne va pas assez loin. En effet, ils considèrent que « le gouvernement fédéral peut et doit éliminer de façon efficace tous les moyens de défense pour la possession de pornographie juvénile, incluant les défenses fondées sur l'art et l'éducation » (ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Protection des enfants : présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 211, p. 2). Voir : R. MACKAY, préc., note 209, p. 17.

sur une personne, notamment lorsqu'elle est adolescente. En effet, dix-huit ans et dix-sept ou seize ans ne présentent pas de grandes différences morphologiques ce qui nécessairement peut rendre plus difficile les poursuites. En outre, certaines personnes, pourtant majeures, peuvent paraître beaucoup plus jeunes ce qui peut perturber les policiers ou les juges dans la qualification de l'infraction. Pour ces différents motifs, le législateur a prévu un moyen de défense fondé sur l'âge et l'apparence afin d'éviter ces difficultés, mais également pour élargir la portée de l'infraction de pédopornographie.

En effet, l'alinéa 7 de l'article 227-23 du C.pén., dont le corollaire est l'alinéa 5 de l'article 163.1 du C.crim. avec toutefois quelques nuances, ont pris en compte cette confusion possible. C'est ainsi qu'il est prévu d'incriminer la « pseudo-pédopornographie » ou la « pédopornographie apparente »⁹⁵⁸. En effet, les dispositions relatives à la pédopornographie « sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ». Il s'agit du seul et unique moyen de défense prévu en droit français de manière explicite, contrairement au droit canadien. Autrement dit, il suffit de prouver l'âge de la personne pour ne pas être inquiété par de possibles poursuites judiciaires. Une présomption de minorité a donc été mise en place pour protéger les mineurs et ainsi renverser le fardeau de la preuve. Toutefois, comme nous l'avons signalé, il s'avère extrêmement difficile d'établir, dans certains cas, l'âge exact de la personne représentée. D'ailleurs, les dispositions du *Code criminel canadien* sont moins larges que celles qui sont prévues par le droit français. En effet, la personne accusée doit avoir pris des mesures raisonnables pour s'assurer de l'âge de la jeune personne et veiller à ce qu'elle soit présentée comme avoir plus de dix-huit ans⁹⁵⁹. Ces deux éléments cumulatifs sont plus contraignants à prouver pour la défense.

Par conséquent, ce moyen de défense s'avère difficile à mettre en œuvre sur le réseau Internet puisqu'il est parfois délicat de vérifier ou de déterminer l'âge des personnes

⁹⁵⁸ Isabelle WATTIER, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité » (2006/1-2) 77 *Revue internationale de droit pénal*, 223-235, à la page 226.

⁹⁵⁹ C.crim., art. 163.1 (5) : « Le fait pour l'accusé de croire qu'une personne figurant dans une représentation qui constituerait de la pornographie juvénile était âgée d'au moins dix-huit ans ou était présentée comme telle ne constitue un moyen de défense contre une accusation portée sous le régime du paragraphe (2) que s'il a pris toutes les mesures raisonnables, d'une part, pour s'assurer qu'elle avait bien cet âge et, d'autre part, pour veiller à ce qu'elle ne soit pas présentée comme une personne de moins de dix-huit ans ».

représentées sur les divers sites pornographiques. En effet, la technologie offre des moyens illimités pour transformer certaines images, afin qu'elles représentent un aspect plus enfantin sans pour autant faire apparaître un âge mineur. Bien qu'il existe une présomption de minorité, il reste néanmoins que les policiers et les juges ne s'intéressent qu'aux cas où il est indéniable que la personne visualisée est mineure du fait de sa morphologie et de son absence de poils pubiens⁹⁶⁰. Une insécurité juridique apparaît. Elle est toujours fondée sur le critère de l'âge qui est, de plus en plus, difficile à vérifier en ce qui concerne les adolescents. D'ailleurs, ces derniers représentent le véritable problème car ils ont la majorité sexuelle qui, en outre, diffère de pays en pays et, ils ne peuvent en aucune manière être représentés sexuellement sur un quelconque support. Cette zone grise entretient l'exploitation sexuelle des adolescents. Par contre, les enfants possèdent une protection bien définie. Une solution pourrait être envisagée à savoir pourquoi ne pas imposer la mention sur les sites pornographiques que toutes les personnes visualisées sont majeures avec la possibilité pour la police de demander par la suite la vérification des papiers d'identité de chaque personne représentée. D'ailleurs, certains demandent la création d'un nom de domaine « .xxx » qui correspondrait à un label de respect des législations et donc des âges des personnes visibles sur le site⁹⁶¹. Dans tous les cas, cela ne résoudrait pas le problème lié aux images pornographiques clandestines ou des particuliers.

II. Le compromis nécessaire avec le droit au respect de la vie privée

La restriction des moyens de défense démontre manifestement que la vie privée des individus, notamment en matière sexuelle, est fortement limitée au profit de la protection des mineurs. Ce droit au respect de la vie privée a d'ailleurs considérablement évolué avec l'arrivée des nouvelles technologies, comme le réseau Internet⁹⁶², qui a accentué les menaces susceptibles d'être faites. En effet, la distinction entre espace public et privé s'avère plus difficile à mettre en place qu'auparavant. Ils ont tendance à se confondre, ce

⁹⁶⁰ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 15 et 16.

⁹⁶¹ L'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) s'est intéressée à la création de ce nom de domaine afin de protéger les mineurs et ainsi réservé tous les sites à caractères pornographiques qu'aux personnes adultes. Mais, pour le moment, cela ne semble toujours pas mis en place.

⁹⁶² « La vie privée, commençons par là, a changé de sens, c'est bien connu, tout comme le sujet du Code civil; elle a été broyée sous la double pression convergent de l'évolution des moyens de production et de celle des techniques de communication dites de masse » (J.J. SUEUR, préc., note 473, p. 72).

qui pose certains problèmes juridiques car nous ne savons plus si nous sommes dans un contexte privé ou public. Le développement des « blogs », des forums de discussions, des clavardages ouverts sont des exemples de cette confusion. D'ailleurs, certaines incriminations se constituent du seul fait qu'elles sont rendues publiques, par exemple l'exhibitionnisme⁹⁶³. Or, certains internautes, et plus spécialement les mineurs, « ne font, en effet, pas toujours la différence entre ce qui est constitutif d'un espace privé où la liberté d'expression est très large et ce qui est constitutif d'un espace public (« blog » et forum) où celle-ci est limitée par de nombreuses lois »⁹⁶⁴. Il s'agit donc d'un droit fondamental qui peut être limité, par exemple dans le but de protéger certains individus vulnérables ou dans le cas d'enquêtes criminelles. Les personnes mineures ont pris l'habitude d'exposer leur vie privée et celle des autres, notamment ce qui a trait à la sexualité sur le réseau, en désaccord pourtant avec la réglementation mise en place, aussi bien en droit français qu'en droit canadien. En effet, la vie intime des internautes a tendance, actuellement, à être exhibée de manière ostentatoire sur la toile, que cela soit celle des mineurs ou des majeurs. C'est pour cette raison que le respect de la vie intime, donc de la vie privée, se retrouve compromis par cette nouvelle manière de vivre (A). D'ailleurs, avec les différentes affaires relatives à la pédopornographie sur Internet, l'opinion publique, suivie par le législateur, semble avoir développé une certaine crainte du réseau ce qui a conduit à « troquer » l'attente d'expectative de vie privée contre une plus grande sécurité (B).

A) L'exposition de la vie intime : un réel dilemme

Avec les nouvelles technologies comme le réseau Internet, le droit au respect de la vie privée a évolué de manière significative et encore plus en ce qui concerne les mineurs, les internautes les plus actifs sur la toile. En effet, ces derniers, en raison d'une présence massive et leur facilité à utiliser cet outil, ont une vision différente de la vie privée, telle que nous pouvons la concevoir. Ils ont tendance à l'exposer de manière volontaire et exagérée et parfois même, celle d'autrui⁹⁶⁵. Il en va également de même pour les personnes

⁹⁶³ C.pén., art. 222-32; C.crim., art. 173 et 174.

⁹⁶⁴ A. DEBET, préc., note 163, p. 14.

⁹⁶⁵ C.civ.fr., art. 9; C.pén., art. 226-1 et suiv.; C.crim., art. 183 et suiv.; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7. Voir : A. DEBET, préc., note 163.

majeures⁹⁶⁶. De nos jours, nous sommes en présence d'une surexposition de la vie intime, donc sexuelle, qui se traduit par un certain exhibitionnisme de la part d'une partie de la société⁹⁶⁷. Les différents sites de réseaux sociaux en ligne, comme « Facebook » et « MySpace », sont devenus actuellement les nouveaux moyens de communications des internautes, ainsi que de leurs amis. Or, ces sites dévoilent sans retenue les renseignements personnels de chacun pour ainsi créer son profil virtuel. L'espace privé tel que conçu auparavant se trouve réduit. Dans ces conditions, les mineurs se retrouvent très présents dans ce système de réseaux, qui permet de rester en contact avec toute sa petite tribu, mais également les amis d'amis. Toutefois, il ne faut pas oublier que les personnes mineures ne possèdent pas le même régime juridique qu'un majeur⁹⁶⁸. Ils ne peuvent pas divulguer certaines informations ou images sans le consentement de leurs parents⁹⁶⁹, mais également sans celui de la personne tierce faisant l'objet de la divulgation⁹⁷⁰. Or, il y a de grande chance pour que la plupart des images ou photos diffusées, par exemple sur « Facebook », n'aient pas fait l'objet de demande de consentement de la part des personnes représentées. D'autres « droits à » découlent ainsi de ce droit au respect de la vie privée, notamment le droit à l'image qui est souvent mis à mal sur Internet⁹⁷¹, mais également « un droit à la liberté dans le domaine affectif et sexuel »⁹⁷².

Le droit à la vie intime doit, par conséquent, être respecté malgré une évolution flagrante du droit au respect de la vie privée, qui semble se modifier du fait des nouveaux

⁹⁶⁶ Voir : CA Versailles, 8 mars 2006, préc., note 479 : « Mais aujourd'hui où notre société est largement imprégnée d'un « désir d'extimité » (V.S. Tisseron, *L'intimité surexposée*, Hachette, coll. Pluriel, 2002, p. 52, qui définit l'« extimité » comme « le mouvement qui pousse chacun à mettre en avant une partie de sa vie intime, autant physique que psychique » ; cette personne, contrairement à toute prudence élémentaire, avait accepté que les photographies pornographiques pour lesquelles elle avait posée fussent publiées dans des revues et sur Internet ».

⁹⁶⁷ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 97 et 98.

⁹⁶⁸ *Supra*, p. 41.

⁹⁶⁹ Pour exemple : C.cass.crim, 27 fév. 2007, préc., note 179 : « La défense de la vie privée ou de l'image d'un mineur, autrefois attribut de la puissance paternelle (...), est aujourd'hui un attribut de l'autorité parentale. Le ou les parents investis de cette autorité doivent ainsi donner leur autorisation à la divulgation de faits relatifs à la vie privée du mineur (...) ou à l'utilisation de son image ».

⁹⁷⁰ C.pén., art. 226-1 et suiv.; C.crim., art. 162 (voyeurisme), 183 (atteintes à la vie privée), 193 et suiv. (divulgation de renseignements).

⁹⁷¹ Aubry c. *Éditions Vice-versa*, [1998] 1 R.C.S. 591 : « Le droit à l'image est une composante du droit à la vie privée inscrit à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Dans la mesure où le droit à la vie privée cherche à protéger une sphère d'autonomie individuelle, il doit inclure la faculté d'une personne de contrôler l'usage qui est fait de son image. Il faut parler de violation du droit à l'image et, par conséquent, de faute dès que l'image est publiée sans consentement et qu'elle permet d'identifier la personne en cause ».

⁹⁷² J. POUSSON-PETIT, préc., note 674, p. 720.

comportements des internautes⁹⁷³. La notion de vie privée est donc sujette à se transformer encore plus dans le sens qu'elle semble fortement diminuée au profit d'autres droits fondamentaux reconnus de manières plus explicites dans les textes, comme la liberté d'expression⁹⁷⁴. En effet, le droit au respect de la vie privée est le corollaire au droit à la liberté d'expression garanti dans les sociétés libres et démocratiques⁹⁷⁵. En matière sexuelle, il s'agit plus de la liberté sexuelle des individus et du droit à une vie intime, sexuelle garantie par le respect à la vie privée et donc par la liberté d'expression. C'est pour cette raison d'ailleurs que la pornographie est considérée comme une forme d'expression protégée par l'article 2b) de la *Charte canadienne*⁹⁷⁶. La Cour suprême du Canada a abordé cette question de la pornographie par rapport à la liberté d'expression dans l'arrêt *R. c. Butler*⁹⁷⁷. De nos jours, il est important pour les juges de jongler entre les différentes libertés et droits fondamentaux pour trouver un équilibre satisfaisant dans une société libre et démocratique. D'ailleurs, les différentes bases de données personnelles, que peut représenter « Facebook » par exemple, appuient cette idée dans le sens que la vie privée ne

⁹⁷³ Voir : V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2; V. GAUTRAIS, « Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle », préc., note 2.

⁹⁷⁴ « [T]enu de concilier le respect des droits de la personnalité avec le principe à valeur constitutionnelle de la liberté d'expression, (le juge) doit, dans l'exercice de ses prérogatives, limiter son intervention à ce qui est strictement indispensable à la défense de l'individu » (C.A. Paris, 11 mai 2000, Juris-Data n°2000/08537). En outre, « l'évolution de la jurisprudence, sous l'influence essentielle de la Convention européenne des droits de l'homme, tend actuellement à privilégier la défense de la liberté de la presse » (COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, préc., note 664, p. 21).

⁹⁷⁵ « Même avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont reconnu que le droit à la liberté d'expression était une partie fondamentale des valeurs démocratiques et un élément essentiel pour assurer la participation des personnes et des groupes au sein de la société » : *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 141. Le droit à la vie privée a été longuement étudié par la Cour suprême du Canada par le biais de la liberté d'expression. Par exemple : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd*, préc., note 661 ; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 661 ; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, préc., note 661 ; *Irwin Toy Ltd c. Québec (Procureur général)*, préc., note 661 ; *R. c. Keegstra*, préc., note 661. Voir : COUR DE CASSATION, « La liberté d'expression, la loi et le juge (par M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation) », préc., note 862.

⁹⁷⁶ *Charte canadienne*, préc., note 52.

⁹⁷⁷ *R. c. Butler*, préc., note 280. La Cour a statué, en l'espèce, que le matériel pornographique est garanti par l'art. 2b) de la *Charte canadienne* (préc., note 52) et peu importe qu'il soit choquant ou non. Toutefois, ce matériel peut être limité si les dispositions législatives restreignant la liberté d'expression remplissent les conditions de l'art. premier de la *Charte canadienne*, à savoir qu'il faut déterminer si ce droit est restreint « par la règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Pour procéder à cette évaluation de l'art. premier de la *Charte canadienne*, il faut recourir au test de l'arrêt *R. c. Oakes* (préc., note 521). Ce dernier met en place deux étapes à suivre. La première étape consiste à examiner si l'objectif ou le but qui sous-tend la restriction est suffisamment importante pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte canadienne*. La seconde étape possède plusieurs niveaux à examiner par la Cour. D'abord, elle doit déterminer s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif. Elle doit ensuite, regarder si ces moyens portent le moins possible atteinte aux droits garantis par la *Charte canadienne*. Et enfin, la Cour doit vérifier si les effets bénéfiques de la disposition contestée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

paraît plus aussi importante qu'auparavant⁹⁷⁸. Il semble que les internautes démontrent un certain engouement à exposer leur vie privée, et notamment sexuelle, sur le réseau sans aucun scrupule et parfois même à l'encontre des droits d'autrui. Ce droit au respect de la vie privée est par conséquent fragilisé⁹⁷⁹.

Malgré ces changements en perspective, il n'en reste pas moins que la vie privée est protégée par le droit. Les internautes s'attendent valablement à une certaine expectative raisonnable de vie privée, voire intime⁹⁸⁰. C'est ainsi que, malgré la volonté de protéger les mineurs contre toutes formes de pornographie, il est clair que tout matériel explicitement sexuel ne peut pas être, sans porter atteinte à la liberté d'expression, interdit. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*⁹⁸¹, a essayé d'établir un équilibre entre, d'une part, la vie privée des individus et notamment des adolescents et, d'autre part, l'exploitation sexuelle des mineurs. En effet, les juges ont décidé que, pour valider constitutionnellement l'article 163.1 (4) du C.crim., deux sortes de matériel devaient être exclus de la définition de pédopornographie, puisqu'ils ne suscitaient « aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants »⁹⁸². Cette exclusion de la responsabilité pénale est également prévue par l'article 3, al. 2 de la *Décision-cadre n°2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie*⁹⁸³. Il s'agit, en premier lieu, « du matériel expressif créé personnellement et conservé en privé »⁹⁸⁴. Cela correspond concrètement aux journaux intimes, aux notes personnelles, aux écrits, aux dessins et autres oeuvres de fiction

⁹⁷⁸ COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, préc., note 664, p. 7.

⁹⁷⁹ *Id.*, p. 21 : « le développement technologique, notamment celui de l'Internet, fragilise le droit à l'individu au respect de sa vie privée, d'une part par l'impossible maîtrise de la chaîne des diffusions de l'information, d'autre part par les obstacles de tous ordres auxquels se heurte en ce domaine l'exercice de l'action en justice (compétence juridictionnelle, détermination des responsables, exécution des mesures prononcées par le juge) ».

⁹⁸⁰ Cette liberté est garantie par l'art. 2 b) de la *Charte canadienne* (préc., note 52) qui protège ainsi les individus contre les possibles intrusions dans leur vie privée. L'art. 10 de la *Conv.EDH* (préc., note 57) vient garantir la liberté d'expression aux individus avec la possibilité pour l'État de prévoir des limitations nécessaires dans une société démocratique et l'art. 8 est plus précis et vient ajouter le droit au respect de la vie familiale, du domicile et de la correspondance, et l'ingérence en ce domaine de l'autorité publique est permise « seulement si elle est prévue par la loi et si elle constitue, dans une société démocratique, une mesure nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la moral, ou à la protection des droits et libertés d'autrui » (COUR DE CASSATION, « La liberté d'expression, la loi et le juge (par M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation) », préc., note 862).

⁹⁸¹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

⁹⁸² *Id.*

⁹⁸³ *Décision-cadre n°2004/68/JAI*, préc., note 87.

⁹⁸⁴ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 75.

privés et créés par des personnes pour leur propre usage exclusif. Autrement dit, c'est le fait de diffuser, voire transmettre, ce matériel qui engendra une infraction et non le fait de le conserver pour son usage personnel et privé sans aucune exposition sur Internet, qui est un vecteur à vocation publique⁹⁸⁵. En effet, le fait de l'exposer sur ce média correspond à une publication⁹⁸⁶.

En second lieu, il s'agit du matériel qui

« a trait aux enregistrements visuels d'activités sexuelles légales qui sont faits en privé par la personne les ayant en sa possession ou y figurant et qui sont destinés à un usage personnel seulement. Les photos sexuellement explicites qu'un adolescent prend de lui-même et qu'il garde strictement pour son usage personnel feraient partie de cette catégorie de matériel. Il en serait de même des photos personnelles qu'un couple d'adolescents aurait prises de leurs activités sexuelles légales. »⁹⁸⁷

Il semble clair que ces deux exceptions ne représentent pas de réel préjudice pour les adolescents en âge d'avoir des relations sexuelles⁹⁸⁸, et elles respectent, par ailleurs, la liberté d'expression de ces derniers. Autrement dit, une lecture atténuée des dispositions législatives doit être faite afin de ne pas inclure dans l'infraction un trop grand nombre de matériels, qui seraient contraires aux principes d'une société libre et démocratique⁹⁸⁹. Il s'agit surtout de leur liberté sexuelle qui leur est reconnue du moment qu'aucun acte sexuel n'est fixé sur un quelconque support, mais surtout qu'il ne soit nullement diffusé sur Internet. Les juges ont ainsi choisi de respecter la vie privée et, plus spécialement sexuelle des adolescents en élaborant ces deux catégories d'exception en conformité avec la liberté sexuelle de chacun. D'ailleurs, les adolescents seraient en droit d'attendre une certaine attente raisonnable à leur vie intime, tant qu'il n'y a pas d'exploitation sexuelle, voire d'agression sexuelle.

⁹⁸⁵ « On peut instaurer une échelle entre le fait d'avoir des mauvaises pensées, des pensées honteuses sur le plan moral que l'on garde par-devers soi, et le fait de les manifester publiquement, d'en faire une consommation, d'appeler à une consommation publique de ce type de pensée. Ce n'est pas la même chose d'avoir des pensées moralement critiquables et d'en faire une expression publique » (A. GIAMI, « Pornographie (I, 1) : Que représente la pornographie? », préc., note 173, p. 78 et 79).

⁹⁸⁶ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 110-113; TGI Nanterre, 12 juil. 2000, *Comm.com.électr.* 2001, comm. n°69, obs. A. Lepage; J.C.P.E.2002, p. 75, obs. C.Vivant.

⁹⁸⁷ R. c. Sharpe, préc., note 30, § 76.

⁹⁸⁸ Pour rappel, au Canada, l'âge de la majorité sexuelle est de seize ans. Par contre, en France, elle est fixée à quinze ans.

⁹⁸⁹ Alain-Robert NADEAU, « Pornographie et liberté d'expression (I) », (2002) 34 *J.duB.* n°8.

En outre, la Cour suprême a énoncé que ces exceptions étaient nécessaires car l'État ne peut en aucune manière contrôler les pensées des individus, même exprimées dans des écrits ou des images pour son usage personnel⁹⁹⁰. L'empiètement sur la liberté d'expression est trop important pour être accordé. Même si l'objectif premier du législateur est de protéger les mineurs, les adolescents ont le droit à une vie privée garantie par le droit à la liberté d'expression du moment qu'ils respectent les lois mises en vigueur pour les protéger des potentielles exploitations sexuelles⁹⁹¹. Toutefois, il faut préciser que cette décision a suscité de nombreuses controverses, notamment sur deux points, à savoir le moyen de défense fondé sur la « valeur artistique »⁹⁹², que nous avons déjà exposé, mais également sur ces exceptions⁹⁹³. Nous pensons que les juges ont valablement tranché en faveur de la liberté d'expression car il n'est pas envisageable, dans une société libre et démocratique, d'empêcher les individus de penser ou fantasmer. En outre, les adolescents, du fait de la reconnaissance de la majorité sexuelle, bénéficient d'une liberté sexuelle et donc d'une vie privée sous couvert de l'autorité parentale et non de l'ingérence de l'État dans cette sphère intime qui ne leur causent, en principe, aucun préjudice⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 108 : « En fait, il n'y a qu'une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l'État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l'a créé et la tentative de l'État de contrôler la pensée ou l'opinion. La distinction entre la pensée et l'expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c'est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L'interdiction de l'expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée ».

⁹⁹¹ *Id.*, § 110 : « La mesure législative interdit à une personne d'exprimer ses pensées dans des écrits ou des images, même si ceux-ci ne sont destinés qu'à son usage personnel. Elle interdit en outre à un adolescent d'avoir en sa possession, là encore exclusivement pour son usage personnel, des photos ou des enregistrements vidéo sexuellement explicites de lui-même, seul ou en compagnie d'une autre personne avec laquelle il se livre à une activité sexuelle légale. L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants ».

⁹⁹² Voir : Alain-Robert NADEAU, « Pornographie et liberté d'expression (II) », (2002) 34 *J.duB.* n°9.

⁹⁹³ *Id.* : « Dans l'arrêt *Sharpe* (2001), le juge en chef MCLACHLIN tenait des propos analogues : « La restriction imposée par le par. 163.1 (4) régleme l'expression là où elle côtoie la pensée. En fait, il n'y a qu'une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l'État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l'a créé et la tentative de l'État de contrôler la pensée ou l'opinion. La distinction entre la pensée et l'expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c'est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L'interdiction de l'expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée ». Il ne faut pas oublier que le *Projet de loi C-2* a été mis en place en réaction à cette affaire *R. c. Sharpe* pour limiter les exceptions dégagées par les juges.

⁹⁹⁴ *Supra*, p. 33 et 46.

La liberté d'expression, même si elle est un droit fondamental en France, se trouve plus encadrée et limitée qu'au Canada⁹⁹⁵. Elle connaît de nombreuses restrictions prévues par la loi. Dans notre cas, elle restreint la liberté sexuelle pour protéger les mineurs de toutes exploitations sexuelles, comme la pédopornographie. C'est ainsi que la liberté d'expression ne peut pas être revendiquée dans le cas de matériel de pédopornographie car la protection des mineurs représente une priorité plus grande que la liberté sexuelle, même lorsque la personne mineure n'est pas touchée directement. D'ailleurs, l'article 10 de la *Conv.EDH*⁹⁹⁶ prévoit, en principe, que l'État ne doit pas s'ingérer dans l'exercice de la liberté d'expression de chacun de nous. Néanmoins, de nombreuses exceptions existent telles que celles de « la protection de la santé ou de la morale, (...) la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ». De ce fait, sur la base de ces limites, le législateur français a préféré limiter la liberté d'expression pour protéger la moralité des mineurs. Or, les adolescents n'ont pas le même statut que les autres enfants. En effet, ils bénéficient d'aménagements qui leur octroient une certaine liberté sexuelle⁹⁹⁷ et leur interdire tout matériel pornographique revient à les cantonner dans un moralisme paternaliste non justifié. C'est ainsi que les moyens de défense dégagés par la Cour suprême du Canada doivent être également pris en compte par les tribunaux français car il s'agit, d'après nous, d'une limite raisonnable allant dans le respect des droits fondamentaux garantis dans une société libre et démocratique.

La législation française en matière de pédopornographie semble, pour le moment, ne pas faire de distinction entre le matériel fait par des adultes dans un but d'exploiter sexuellement un mineur et celui fabriqué par des adolescents pour leurs consommations personnelles. En effet, l'article 227-23 du C.pén. est clair. La simple détention de pédopornographie est punissable, ainsi que la consultation habituelle par le biais d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition une image ou une représentation pornographique d'un mineur⁹⁹⁸. Il faut attendre les décisions futures des juges français pour savoir s'ils comptent faire une distinction et ainsi condamner ce genre

⁹⁹⁵ La France a instauré de nombreuses limitations à ce droit, prévues par de multiples lois. Cette conception témoigne du « goût français pour tout légiférer, parfois jusqu'à nos consciences » (Emmanuelle DUVERGER et Robert MÉNARD, *La censure des bien-pensants, Liberté d'expression : l'exception française*, Paris, Albin Michel, 2003, p. 38).

⁹⁹⁶ *Conv.EDH*, préc., note 57.

⁹⁹⁷ *Supra*, p. 46.

⁹⁹⁸ Cet article a été modifié par la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464. Cela sera étudié en détail dans la seconde partie (*Infra*, p. 216).

de matériel. À première vue, la loi pénale est d'interprétation stricte ce qui revient à considérer comme une infraction pénale, tout matériel répondant aux conditions formulées par le législateur, car peu importe l'âge et les circonstances de l'auteur. Les adolescents sont ainsi contraints à respecter les dispositions relatives à la pédopornographie, même s'ils sont en âge d'avoir des relations sexuelles. Ils ne peuvent d'aucune manière l'exposer sur un quelconque support même pour leurs satisfactions personnelles. Pour cela, il faudra attendre l'âge fatidique de dix-huit ans.

B) La vie privée diminuée au profit de la sécurité : le paradoxe contemporain

L'expectative raisonnable de vie privée doit être respectée en ce qui concerne « le contenu d'un ordinateur, particulièrement les courriels ou E-Mail, les images, les news group, les new rider, [qui] sont du domaine de la vie privée où il y a « a reasonable expectation of privacy » »⁹⁹⁹. Tout ne peut donc pas être lu ou publié sans le consentement de la personne concernée au risque d'aller à l'encontre de sa vie privée. Toutefois, malgré l'évolution de cette notion avec l'essor des technologies de l'information, il est indéniable que d'autres préoccupations se sont avérées plus importantes que le respect de la vie privée devenue ostentatoire sur la toile. En effet, l'État, de ce fait, se permet une certaine immixtion de plus en plus marquée dans la vie quotidienne des internautes ainsi que certains particuliers par la même occasion. Le droit, par conséquent, rentre de manière un peu inquiétante dans la vie privée des internautes, surtout dans leur vie intime de plus en plus exposée sur Internet.

En outre, il ne faut pas perdre de vue que ce réseau possède pour particularité qu'il engendre une certaine confusion entre l'espace public et privé¹⁰⁰⁰. En effet, ils ont tendance à s'entremêler ce qui a indéniablement des répercussions sur le droit. D'ailleurs, certains lieux présents sur Internet « comportent plus de risques pour la vie privée de personnes qui les fréquentent »¹⁰⁰¹. Par exemple, comme nous l'avons déjà souligné, les sites de réseautage social, mais également les forums de discussions sont une bonne illustration de

⁹⁹⁹ R. c. *Gauthier*, [1999] R.J.Q. 2103; J.E. 99-1521 (C.Q.).

¹⁰⁰⁰ « Dans le cyberspace, tout n'est pas que public ou que privé comme s'il n'y avait que le noir et le blanc » (P. TRUDEL, « Vers de nouvelles approches pour garantir la protection de la vie privée dans un monde en réseaux », préc., note 2, p. 12).

¹⁰⁰¹ *Id.*, p. 17.

cette spécificité. Dans le cas de ces derniers, l'internaute peut discuter avec l'ensemble des autres personnes sur un forum ouvert à tous, mais également il peut valablement décider de passer à un stade plus privé et ainsi réserver la discussion à juste certains de ses membres. Dans ce cas précis, ils se retrouvent dans un espace privé car limité à un nombre déterminé de personne. Il s'avère alors plus difficile de connaître les agissements illégaux. Le problème est encore plus visible sur l'IRC (Internet Relay Chat), qui « est un protocole qui permet à plusieurs internautes de communiquer en direct, dans les forums privés. Ce système est le plus utilisé par les pédophiles. Les communications se font en temps réel, tous les utilisateurs connectés à un canal pouvant interréagir simultanément »¹⁰⁰². Ces divers moyens de communications sont des terrains privilégiés pour commettre toutes sortes d'infractions comme celle de pédopornographie. En effet, les adultes, voulant abuser de la crédulité des mineurs, utilisent ces derniers pour les amadouer dans l'espace public pour ensuite les séduire dans l'espace privé¹⁰⁰³. Dans cet espace, le contrôle et la surveillance des conversations se révèlent laborieux à moins que quelqu'un vienne dénoncer les agissements suspects. Pour répondre à ces problèmes, les internautes et les législateurs ont trouvé une parade, à savoir privilégier la sécurité à la vie privée devenue, de toute manière, plus aussi secrète qu'auparavant.

Nous sommes donc face à un certain paradoxe contemporain. En effet, en premier lieu, les internautes veulent exposer librement leur vie privée sur la toile de façon parfois exagérée et, dans un second lieu, ils exigent plus de sécurité et de protection envers leur vie privée. Il est indéniable que le droit se retrouve sollicité pour protéger de manière plus efficace la vie privée des internautes et à la fois, il doit éviter toute immixtion démesurée dans cette sphère où règne une attente raisonnable d'expectative de vie privée¹⁰⁰⁴. Les législateurs se retrouvent alors à faire un compromis entre, d'une part, la liberté par le biais du respect de

¹⁰⁰² MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Le traitement judiciaire de la criminalité : Guide méthodologique*, Direction des affaires criminelles et des grâces. Paris, mai 2002, Les publications du Ministère de la Justice, en ligne : <<http://www.justice.gouv.fr/publicat/infraviaint.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3.

¹⁰⁰³ *Infra*, p. 234.

¹⁰⁰⁴ « Ce phénomène de société ne peut laisser indifférent le juriste, ainsi invité à diagnostiquer un véritable paradoxe entretenu par notre société. Cette tendance à l'exhibition se développe dans le même temps que, sous l'effet d'un droit de plus en plus vigilant, s'affinent et s'accroissent les mesures protectrices de la vie privée, et que de plus en plus de personnes anonymes entendent faire valoir leur droit à l'image ou à la vie privée, par exemple dans les relations de travail, à l'égard des photographes officiant dans les lieux publics, etc. » (A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 97 et 98).

la vie privée, et d'autre part, la sécurité, notion marquée dans notre temps. D'ailleurs, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, les juges dissidents ont énoncé que « les libertés individuelles comme la liberté d'expression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne »¹⁰⁰⁵. Autrement dit, la protection de la vie privée ne se fait pas au détriment de l'égalité et de la sécurité des personnes qui doivent passer avant toute chose¹⁰⁰⁶. D'ailleurs, la sécurité fait partie de la liste des motifs qui permettent de limiter les libertés individuelles, comme la liberté d'expression et donc la vie privée¹⁰⁰⁷. Or, avec cet engouement contemporain pour l'absence de risque et donc, pour une sécurité absolue, les libertés individuelles peuvent en prendre un certain coup et encore plus, s'il s'agit de mineurs. En effet, ils représentent la seule catégorie de personne actuelle où les législateurs, canadien comme français, peuvent intervenir sans recevoir de blâme sévère de la part de la société.

Par conséquent, Internet, par ses divers moyens de communications, combine aussi bien la sphère publique, semi-publique, semi-privée et privée. Ce qui mêle tout. Les internautes sont pris entre l'envie de faire respecter leurs libertés individuelles et par leurs revendications sécuritaires. L'ingérence étatique profite de ce changement de paradigme envers la protection des mineurs pour s'immiscer de manière plus contraignante dans la vie privée des internautes, puisque celle-ci a diminué. La sécurité l'emporte sur la vie privée. En effet, la menace de porter atteintes aux mœurs des mineurs est une valeur plus importante que la vie privée, pourtant droit fondamental. Il est tout à fait normal d'exiger un minimum de sécurité sur Internet¹⁰⁰⁸. Mais jusqu'à quel point?

¹⁰⁰⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

¹⁰⁰⁶ J. PINI, « La liberté sexuelle est-elle un droit fondamentale? Éléments de réflexion », préc., note 596, p. 38-43.

¹⁰⁰⁷ *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 8, al. 2: « Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7; *Charte québécoise*, préc., note 103, art. 1 et 5.

¹⁰⁰⁸ « La sécurité tant physique que logique est évidemment une exigence essentielle pour tout environnement fonctionnant en réseau » (P. TRUDEL, « Vers de nouvelles approches pour garantir la protection de la vie privée dans un monde en réseaux », préc., note 2, p. 24).

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

Cette première partie aura permis de constater que les nouvelles technologies de l'information, comme le réseau Internet, ont eu un certain impact sur le discours juridique relatif à la sexualité. En effet, notre recherche a mis en évidence l'importance de la personne individuelle par le biais notamment des droits subjectifs, nouvelle caractéristique de notre société postmoderne¹⁰⁰⁹. Un certain humanisme juridique est également apparu. Il a pour tendance de faire triompher les intérêts particuliers au détriment de l'intérêt général qui, avec Internet, a du mal à s'établir¹⁰¹⁰. Les mœurs des personnes de moins de dix-huit ans représentent désormais le niveau de tolérance accepté par la société¹⁰¹¹. Le législateur, canadien comme français, suivi par les juges, fait preuve d'une certaine forme de moralisme paternaliste envers les mineurs et plus particulièrement les adolescents. En effet, il est interdit de mettre en scène un quelconque mineur dans un comportement sexuellement explicite. Les seules exceptions possibles sont celles émises par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Sharpe*¹⁰¹². Dans cette décision, « les juges majoritaires adhèrent à une approche plus strictement juridique, donnant une impression plus « neutre », les dissidents ont formulé des motifs plus « passionnés » qui laissent transparaître qu'ils abhorrent la pornographie juvénile »¹⁰¹³. Par conséquent, il serait raisonnable d'en conclure que la

¹⁰⁰⁹ S. TZITZIS, préc., note 479, p. 17 : « En matière juridique, l'Antiquité fait de l'existence le destinataire d'un droit, fruit d'un juste partage; les Temps modernes fondent la justice sur la propriété alors que la Postmodernité érige la dignité personnelle en matrice des droits subjectifs servant de points de repère tant pour la légalité que pour la légitimité de l'ordre sociopolitique ». « L'idée de droit objectif s'écarte au profit d'une profusion de droits subjectifs qui puisent leur existence dans les modes d'être de la vie quotidienne » (p. 18). « Au lieu d'être épuisée dans un ordre social réglé par les lois étatiques, elle tire sa force des principes moraux qu'abrite la raison individuelle. Le juridique est absorbé par l'humanitaire. Et la dignité humaine, noyau de l'humanité de l'homme, émerge comme source principale, sinon exclusive, de la légitimité d'agir » (p. 72).

¹⁰¹⁰ « [L]e libéralisme juridique renverse l'axe des intérêts au bénéfice des intérêts particuliers. Le libéralisme se résume dans une conception morale, ou éthique, des intérêts. (...) Dans le modèle libéral, il est d'abord important de souligner que l'État, comme enjeu des intérêts généraux, est toujours pensé comme un ennemi potentiel » (B. MELKEVIK, préc., note 370, p. 124 et 125). Les valeurs sociales communes sont en train de s'effacer au profit des intérêts privés. Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 213.

¹⁰¹¹ « C'est surtout cependant dans un esprit de préservation et de protection morales que la jeunesse a fait l'objet d'une attention particulière tant de la part du législateur que de la jurisprudence » (F. OST et M. VAN de KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 118).

¹⁰¹² *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

¹⁰¹³ Isabelle HARNOIS, « La pornographie juvénile sur Internet et la protection des enfants : le problème comporte-t-il une partie de la solution ? », dans *Droits de la personne : Éthique et mondialisation*, Actes de journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Strasbourg, Yvon Blais, 2004, p. 263-287, à la page 276.

réglementation relative à la pédopornographie provoque, parfois, un certain élan de passion dicté par des tendances fantasmagoriques ou irrationnelles, voire hystériques. C'est pour cette raison qu'il s'avère difficile de dégager des critères ou des motifs dénués de toute coloration morale. De toute manière, pourquoi retirer la morale du droit criminel qui en est son essence même?

L'objectif principal de la réglementation relative à la pédopornographie est de l'éradiquer d'Internet. Or, cette volonté entraîne certains changements dans l'approche du droit criminel. En effet, malgré le principe de la légalité des lois qui impose une clarté et une précision des termes employés afin d'éviter toutes condamnations arbitraires, la plupart des notions postmodernes, comme « pornographie », « mineur » et « dignité de la personne humaine », ne possèdent pas de définitions légales précises ou du moins spécifiques. Elles s'inscrivent dans un cadre juridique moraliste où la neutralité et la rationalité sont illusoires¹⁰¹⁴. En laissant cette marge d'appréciation aux tribunaux, le législateur leurs permet d'imprégner leurs décisions de leur moralité et de leur subjectivité. Il est indéniable que la sexualité est un domaine qui fait appel à une certaine émotivité, sensibilité, voire irrationalité, à l'inverse du droit qui s'inscrit dans le rationnel. C'est pour cette raison que la question de la pertinence du droit à intervenir dans un champ aussi intime de la vie privée, à savoir celui de la sexualité, se pose. Néanmoins, il est clair que l'État ne peut pas laisser certaines violences sans réponses judiciaires. Il doit donc intervenir, mais selon certaines conditions à savoir, d'une part, lorsque les relations sexuelles sont violentes et, d'autre part, lorsqu'il y a une exploitation sexuelle notamment de personnes vulnérables. Cette dernière notion, la « vulnérabilité », est également une nouveauté postmoderne¹⁰¹⁵, qui dénote parfaitement cet engouement pour l'ordre public de protection qui se traduit par la

¹⁰¹⁴ D'ailleurs, la Cour de cassation française l'exprime parfaitement dans les termes suivants : « [a]u-delà de la construction logique du raisonnement, le droit reposerait sur des règles non nécessairement univoques. Ces dernières prendraient par exemple la forme de notion-cache : bon père de famille, intérêt de l'enfant, bonnes mœurs, délai raisonnable, c'est-à-dire des notions à contenu variable, une part de flou avec laquelle le juge peut naturellement jouer » (COUR DE CASSATION, *L'innovation technologique*, préc., note 576, p. 54). « La prétendue morale sociale risque bien, par conséquent, de recouvrir souvent la morale philosophique ou religieuse à laquelle adhèrent personnellement les témoins ou les experts consultés, voire celle à laquelle adhère le juge lui-même » (F. OST et M. VAN de KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », préc., note 508, p. 111).

¹⁰¹⁵ « Nous retiendrons dès lors que le terme est plutôt récent, puisqu'il est né avec notre modernité, plus précisément autour du XIXe siècle. (...) À l'origine, le vocable faisait référence à l'individu en lutte contre des blessures ou maladies d'ordre physique. Aussi a-t-il revêtu en premier lieu un sens pharmaceutique en désignant un remède à de telles blessures ou maladies pour ensuite acquérir, par métamorphose, son sens contemporain le faisant se rapporter à la « vulnérabilité » de l'individu » (B. MELKEVIK, préc., note 370, p. 3).

protection des mineurs, nouvel ordre public moral. En effet, cet état de faiblesse entraîne l'État à déployer des élans de sécurité envers les mineurs et plus spécialement sur le réseau Internet, lieu de toutes les perversions d'après certains auteurs¹⁰¹⁶.

Voici encore un terme contemporain, la sécurité. Elle représente aujourd'hui l'élément phare de notre système juridique surtout avec les derniers événements qui se sont produits dans le monde¹⁰¹⁷. La sécurité, qu'elle soit sur Internet ou dans le monde réel, s'inscrit dans l'ère postmoderne. D'ailleurs, l'État se voit la possibilité de restreindre les libertés individuelles, comme la liberté d'expression, au nom de la sécurité des personnes, notamment lorsqu'elles sont vulnérables¹⁰¹⁸. C'est ainsi que cette catégorie d'individu consacrée par les mineurs se voit protégée contre tous les maux, aussi bien physiques que psychiques. Actuellement, la moralité publique, qui n'est que la vision dominante de la morale contemporaine, ne se préoccupe que de la protection des mœurs des mineurs, nouveau critère de censure¹⁰¹⁹. D'ailleurs, la diminution des moyens de défense est une bonne illustration de cette restriction à la liberté d'expression. Celle-ci, paradoxalement, ayant évolué de manière significative avec l'essor des nouvelles technologies de l'information, est à la fois revendiquée par les internautes, mais également diminuée au profit de la sécurité.

En effet, il est fort à constater que l'attente raisonnable de vie privée s'est réduite par le fait même des internautes qui l'exposent au complet et sans retenue sur Internet sous différentes formes, à savoir les « blogs » ou les « réseaux sociaux », comme « Facebook » et « MySpace ». Le concept de « vie privée » a donc évolué. En principe, « la loi ne doit pas intervenir dans la vie privée des citoyens ni chercher à promouvoir des types de comportement plus qu'il n'est nécessaire au maintien de l'ordre public »¹⁰²⁰. Or, avec les

¹⁰¹⁶ Voir : P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 47; R. OGIER, préc., note 225, p. 22.

¹⁰¹⁷ En effet, des actes terroristes sont malheureusement observables dans le monde un peu tous les jours, même en ce moment où nous sommes en train d'écrire.

¹⁰¹⁸ « En effet, l'individu peut troquer sa « liberté » et son autonomie pour embrasser la sécurité, la chaleur, la « vérité » et la « révélation » que proposent ces forces de l'hétéronomie. Comme le démontre magistralement Erich Fromm, la modernité s'accompagne aussi de la peur de la liberté et de l'autonomie » (B. MELKEVIK, préc., note 370, p. 11).

¹⁰¹⁹ « La censure vise à mettre au secret les pratiques et les activités sexuelles et à installer ainsi un système de répression qui impose le silence. Elle cherche presque à imposer un modèle de conduite et un système de normes, à partir du présupposé qu'une minorité détient la vérité et qu'elle se doit, à juste titre, de faire taire tous les autres » (M. MARZANO, *La pornographie ou l'épuisement du désir*, préc., note 888, p. 85).

¹⁰²⁰ Rapport Wolfenden, Angleterre, 1957, dans J. FORTIN et L. VIAU, préc., note 8, p. 3.

changements notables engendrés par l'arrivée des nouvelles technologies de l'information, le droit criminel a dû s'adapter et prendre en compte de nouvelles réalités pour le plus grand plaisir de l'État qui se voit attribuer un rôle jadis perdu, celui de l'État-providence. En effet, désormais il peut s'ingérer de manière directe dans la vie privée des personnes et notamment sur Internet, afin de les surveiller. Le phénomène de cyberpédopornographie lui a permis de justifier la censure et le contrôle par le biais de la nouvelle moralité publique fondée sur la protection des mœurs du mineur et de sa vulnérabilité¹⁰²¹. C'est ainsi que l'approche relative à la sexualité s'est transformée, non pas en aval de la moralité, mais bien dans son sillage, même si désormais le législateur a tendance à s'en cacher. D'ailleurs, la spécificité du régime juridique en rapport avec la sexualité et les mineurs démontre une certaine absence de neutralité morale dans ce domaine¹⁰²². Par conséquent, il est clair que les nouvelles technologies produisent sur le droit criminel un certain nombre de mutations fondamentales, notamment sur l'infraction de pédopornographie. En effet, le législateur ne peut pas ne pas prendre en compte les caractéristiques spécifiques liées au réseau Internet dans sa manière d'appréhender les incriminations qui vont au-delà de la simple approche relative à la sexualité.

¹⁰²¹ D'autres auteurs comme Bénédicte LAVAUD-LEGENDRE (préc., note 295, p. 232) énoncent qu'il y a eu un renversement radical à savoir « la moralité publique contemporaine est une coquille vide qui se définit simplement comme l'interdiction de porter un jugement sur autrui ».

¹⁰²² « Or, bien que la norme juridique française en la matière soit systématiquement présentée comme laïque et dépourvue d'une symbolique spécifique du sexe, il ne s'agit que d'un effet rhétorique, car, comme nous allons le voir, les lois relatives à la sexualité, aussi bien au niveau pénal que civil, constituent un véritable régime spécifique qui déroge trop souvent aux principes du droit commun » (D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 631, p. 52).

PARTIE 2 LES EFFETS DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION SUR L'INFRACTION DE PÉDOPORNOGRAPHIE

Les contenus illicites circulant sur le réseau Internet ont suscité, depuis déjà quelques années, un réel intérêt de la part des pouvoirs publics mais également de la société. Les différents textes législatifs, rapports ou documents, groupes de réflexion sur le sujet le prouvent parfaitement¹⁰²³. En effet, ce vecteur, en raison de caractéristiques propres, demande une nouvelle manière d'appréhender le droit. Certaines « réalités vivantes » doivent être prises en compte¹⁰²⁴. C'est ainsi que la technique et le droit s'entremêlent, voire s'entrechoquent. Il est indéniable que le développement des nouvelles technologies de l'information a eu un certain impact sur la construction des normes comportementales, sociales et juridiques de la société¹⁰²⁵. D'ailleurs, la sexualité a, comme nous l'avons précédemment souligné¹⁰²⁶, évolué vers une banalisation et une libéralisation des mœurs qui a forcément des répercussions sur le droit. En effet, elle est devenue plus accessible en s'insérant dans la vie quotidienne de tous. Or, les mineurs, nombreux sur Internet, représentent les premières victimes de la pornographie aussi bien en tant que spectateurs qu'en tant qu'acteurs. Une certaine réaction anti-pornographie a surgi afin de contrer ce phénomène. Toutefois, un paradoxe se dessine nettement. D'un côté, il y a une libéralisation de la sexualité qui est revendiquée et même souhaitée et, de l'autre côté, une certaine volonté d'imposer une morale sexuelle sur le réseau dont les contours ne sont pas encore bien définis. Ces deux mouvements opposés démontrent un certain malaise envers la

¹⁰²³ Voir : G. SANSOM, préc., note 174; *Décision n°276/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux*, préc., note 567; *Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communications et d'information)*, préc., note 567; *Résolution du 24 avril 1997 sur la communication de la Commission sur le contenu illégal et préjudiciable sur le réseau Internet*, préc., note 573.

¹⁰²⁴ Jacques GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57, cité par Vincent GAUTRAIS, *Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies*, Sécurité juridique et sécurité technique: indépendance ou métissage, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, sept. 2003, p. 2.

¹⁰²⁵ Estelle DE MARCO, *Le droit pénal applicable sur Internet*, DEA Informatique et Droit - Université de Montpellier 1, Institut de Recherches et d'Études pour le Traitement de l'Information juridique, 1998, en ligne : <<http://www.juriscom.net/uni/mem/06/presentation.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁰²⁶ *Supra*, p. 17.

morale dont notre société paraît souffrir actuellement¹⁰²⁷. Nous nous retrouvons donc dans un contexte politique, juridique et social en émergence. L'innovation technologique semble manifestement proposer une nouvelle approche de la sexualité, mais également du discours juridique qui doit prendre en considération les spécificités d'Internet et de la technique.

Ces changements sont en quelque sorte facilités, voire annoncés, par le phénomène médiatique de l'infraction de droit commun de pédopornographie. Néanmoins, une précision doit être faite. Cette incrimination est sans aucun doute de droit commun puisqu'elle a toujours existé dans le sens qu'elle était punie bien avant l'apparition du réseau Internet¹⁰²⁸. Celui-ci n'est d'ailleurs qu'un élément de commission de l'infraction dans la plupart des cas¹⁰²⁹ et même un moyen de décuplement dans d'autres cas, ce qui explique cette volonté de protéger les mineurs¹⁰³⁰. En effet, cette infraction a été facilitée par l'émergence des nouvelles technologies, ce qui a entraîné un certain mouvement de réaction de la part des pouvoirs publics et de l'opinion publique, qui s'est émue des contenus mettant en scène sexuellement des mineurs. Ceux-ci représentent, depuis peu, « le bien le plus précieux »¹⁰³¹ dans notre société. Il s'agit d'un point où les États semblent

¹⁰²⁷ M. IACUB et P. MANIGLIER, préc., note 14, p. 219 et suiv.

¹⁰²⁸ « Les infractions liées à la pédopornographie visent les comportements intentionnels, impliquant ou non l'usage d'un système informatique » (I. WATTIER, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité », préc., note 958, p. 225).

¹⁰²⁹ Selon l'auteur Stéphane LEMAN-LANGLOIS dans son article « Questions au sujet de la cybercriminalité, le crime comme moyen de contrôle du cyberspace commercial » ((2006) 39 *Criminologie* n°1, p. 66), il faut faire une distinction entre « le simple *crime par ordinateur* (ou, ce qui est plus vague encore, à l'aide d'un ordinateur) et le *cybercrime*. Le premier est une catégorie trop large comprenant toute forme d'incrimination impliquant l'utilisation d'un ordinateur, la possession de pornographie juvénile numérique ou de logiciels piratés, la reproduction de cartes de crédit ou le maintien d'une liste de clients de substances illicites, par exemple. On le voit bien, l'omniprésence des ordinateurs (...) rendra cette expression caduque, ou redondante, d'ici peu. Réservons donc le vocable de *cybercrime* aux actes impliquant l'utilisation de réseaux informatisés, Internet principalement » (italiques tels que dans le texte initial). Voir : Agathe LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », (déc. 2007) n°12 *Droit pénal*, chron.6, p. 10 ; Marcel-Eugène LEBEUF, *Crime organisé et crime technologique, Enquêtes et renseignements aux frontières du renouveau*, Rapport technique, Série technologies de l'information, 2001, en ligne : <http://www.cpc.gc.ca/rcd/ocrime_f.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6 ; Mélanie KOWALSKI, *Cybercriminalité : enjeux, sources de données et faisabilité de recueillir des données auprès de la police*, Centre canadien de la statistique, 2002, en ligne : <<http://www.statcan.ca/francais/freepub/85-558-XIF/85-558-XIF2002001.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

¹⁰³⁰ *Id.*, S. LEMAN-LANGLOIS, p.67 : « Dans la case multiplicateur/traditionnelle du tableau 1, nous trouvons des actes qui, bien que déjà criminalisés avant l'arrivée d'Internet, sont décuplés par ce dernier. La diffusion de pornographie juvénile est l'exemple le plus évident » ; Francis FORTIN et Julie ROY, « Profils des consommateurs de pornographie juvénile arrêtés au Québec : l'explorateur, le pervers et le polymorphe », (2006) 39 *Criminologie* n°1, p. 107.

¹⁰³¹ R. c. *Luc Tremblay*, 2004, préc., note 840, § 18 : « L'exploitation des enfants, surtout à des fins sexuelles, a un aspect des plus répugnants et constitue en 2004 un problème très préoccupant pour la société. La prostitution juvénile inquiète. La diffusion, et surtout la production de matériel pornographique juvénile a

s'entendre, malgré certaines particularités dans leurs législations. D'ailleurs, il existe de nombreux textes traitant de la protection des mineurs et prouvant ainsi son importance¹⁰³². La voie choisie par les législateurs canadiens et français renforce cette idée puisque la protection des mineurs face à la pédopornographie s'oriente vers une absence complète de tolérance. C'est ainsi que cette incrimination de droit commun, à maintes reprises modifiée aussi bien en droit canadien que français pour s'adapter aux nouvelles réalités liées au réseau Internet, possède un champ d'application vaste. En effet, elle s'applique à tout matériel sur tout support (Titre 1). Toutefois, la législation française n'est pas aussi étendue, comme nous le verrons tout au long de notre développement. Dans tous les cas, il est clair que le législateur ne fait preuve d'aucune indulgence face à l'infraction de pédopornographie soutenue par l'opinion publique et les médias. Mais pour arriver à cet objectif, il a fallu renforcer et adapter les moyens mis en place pour appréhender les utilisateurs de pédopornographie sur Internet (Titre 2). En effet, la prise en compte de la technologie s'avère nécessaire dans l'élaboration du droit afin de le rendre plus effectif sur ce réseau.

aussi de quoi inquiéter puisque alors on exploite notre bien le plus précieux, nos enfants. Et le fait de diffuser ce triste matériel engendre, entretient et constitue un stimulant pour les adeptes de la pédophilie ».

¹⁰³² É.WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 50 et suiv.

TITRE 1 L'AMPLEUR DE LA PROTECTION DE L'INFRACTION DE DROIT COMMUN DE PÉDOPORNOGRAPHIE

L'infraction de droit commun de pédopornographie a deux finalités. La première est la protection d'un groupe de personnes vulnérables, les mineurs, contre toutes les atteintes à caractère sexuel. La seconde, en revanche, sert des intérêts plus généraux comme la moralité publique de la société en censurant une certaine forme de sexualité jugée par la collectivité comme contraire à la dignité humaine fondamentale. C'est ainsi que le contrôle de la sexualité est fondé, non plus sur la moralité publique ou les bonnes mœurs, mais bien sur la protection des mineurs, voire sur la seule protection de l'image du mineur¹⁰³³. Le critère change mais la finalité demeure la même à savoir, la protection de la moralité publique sous couvert de la protection des mineurs et de la dignité de la personne humaine¹⁰³⁴. Il est donc incontestable que « [d]ans la plupart des sociétés modernes, l'enfant est considéré à la fois comme un être fragile nécessitant une protection renforcée, et comme l'avenir de la société : protéger le bien être des enfants, c'est donc assurer la pérennité et la richesse de la société dans son ensemble »¹⁰³⁵. En partant de cette idée, la législation sur la pédopornographie dévoile une certaine rationalité lorsqu'elle décide de sanctionner tout matériel sur tout support présentant une image ou une représentation à caractère sexuel.

En effet, il ne faut pas oublier que la protection des mineurs est devenue une sorte de critère de censure et donc un moyen limitant la liberté d'expression¹⁰³⁶. Ceci étant, il est tout à fait logique que l'infraction de pédopornographie possède un champ d'application large. La

¹⁰³³ En effet, comme nous le développerons dans notre étude, les art. 163.1 C.crim. et 227-23 C.pén. ne protègent pas explicitement les victimes d'actes de pédopornographie, mais bien la moralité publique en traitant essentiellement de « l'image » des personnes mineures (B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 48).

¹⁰³⁴ *Id.*, p. 51 : « Le renversement opéré par le nouveau Code pénal est de taille, non seulement en termes de politique pénale, mais aussi d'un point de vue symbolique. À partir du moment où le texte d'incrimination précise que l'infraction n'est caractérisée que si un public particulier est susceptible de voir le message en question, la protection de la moralité publique devient seconde par rapport à l'objectif premier qui est alors la protection d'une catégorie particulière de personnes. Disparaît désormais toute logique exclusive de sauvegarde de la moralité publique; ce sont des personnes que la loi protège. L'outrage aux bonnes mœurs, entendu strictement, n'a donc plus de place dans le Code pénal contemporain ».

¹⁰³⁵ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 50.

¹⁰³⁶ *Supra*, p. 64.

simple présence d'un enfant, réel ou non, suffit à constituer l'incrimination si celui-ci est mis en scène sexuellement. C'est ainsi que le droit criminel protège aussi bien les victimes tant réelles que virtuelles, directes ou indirectes, que l'intérêt de l'ensemble de la société. Par conséquent, l'infraction de pédopornographie présente deux réalités particulières. Il faut distinguer, d'une part, celle circulant sur Internet par le biais d'images réelles de mineurs et dans ce cas les victimes sont bien réelles et, d'autre part, celle circulant sur Internet à l'aide d'images virtuelles ou imaginaires où au contraire les victimes sont virtuelles. Dans les deux cas, l'image sexuelle d'un mineur est utilisée mais, ce n'est que dans le premier cas qu'un mineur réel est exploité sexuellement. L'infraction de pédopornographie peut donc se scinder en deux. La première est incontestable puisqu'elle s'inscrit dans une vision traditionnelle en protégeant le mineur réel de toute atteinte ou agression sexuelle. Nous la nommerons la pédopornographie réelle (Chapitre 1). La seconde, en revanche, est nouvelle puisqu'elle protège un mineur virtuel dans le sens où ce dernier n'existe pas réellement puisqu'il est artificiel et totalement créé de manière imaginaire. Nous la nommerons la pédopornographie virtuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1: La protection classique du mineur réel : la « pédopornographie réelle »

Nous sommes dans le cas de la pédopornographie réelle où seuls les mineurs, c'est-à-dire les personnes de moins de dix-huit ans¹⁰³⁷, sont exploités sexuellement et mis en ligne sur Internet. Cette infraction est de droit commun et traditionnelle puisque le fait de produire, de diffuser ou de posséder de la pornographie mettant en scène un mineur n'est pas limité aux seules nouvelles technologies. En effet, Internet n'est dans ce cas qu'un moyen de commission de cette infraction. Celle-ci existait bien avant son apparition. La seule différence est la facilité avec laquelle il est désormais possible d'y avoir accès ou de devenir éditeur d'un tel contenu. Selon la compréhension commune, l'idée principale de cette infraction s'inscrit dans la protection du mineur « en chair et en os » contre tout abus sexuel. Or, lorsque nous nous attardons plus sérieusement sur cette incrimination, l'idée qu'elle puisse protéger en premier lieu l'image du mineur pris dans son sens premier¹⁰³⁸ et, en second lieu la personne mineure, n'est pas à négliger. Autrement dit, les textes relatifs à la pédopornographie, que cela soit au niveau canadien ou français, paraissent plus se préoccuper de l'image véhiculée des moins de dix-huit ans. Il est alors possible de dégager deux types de pédopornographie réelle. L'une est active parce qu'elle met en scène un mineur réel afin de produire du matériel à caractère sexuel (Section 1) alors que l'autre est passive puisqu'elle ne s'intéresse qu'à la protection de l'image du mineur réel mis en scène sexuellement (Section 2).

Section1: L'infraction de « pédopornographie active » : la protection de la personne du mineur réel

La pédopornographie réelle active est celle qui prend, pour sa réalisation, des mineurs réels en profitant de leur vulnérabilité. En effet, dans ce cas précis, l'individu utilisateur de ce matériel le crée lui-même en utilisant un vrai mineur. Il y a donc exploitation sexuelle d'une personne mineure qui devient en quelque sorte « l'objet sexuel »¹⁰³⁹ de l'infraction. Il s'agit de la situation la plus traditionnelle puisque celle-ci existait bien avant l'arrivée du

¹⁰³⁷ *Supra*, p. 21.

¹⁰³⁸ Le droit à l'image est une atteinte à la personnalité. Or, dans notre cas, il s'agit de l'image du mineur c'est-à-dire « une représentation d'un objet [ou d'une personne] par les arts graphiques ou plastiques ou par la photographie » (J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), préc., note 90, p. 1308 et 1309).

¹⁰³⁹ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 50.

réseau Internet. Ce dernier n'a servi que de tremplin à sa diffusion dans la vie quotidienne, mais également d'amplificateur à sa production¹⁰⁴⁰. L'infraction de pédopornographie réelle a pour objectif de diminuer l'exploitation sexuelle des personnes vulnérables comme les mineurs¹⁰⁴¹. Autrement dit, nous sommes dans le cas de la production de matériel à caractère sexuel mettant en scène une personne de moins de dix-huit ans. En effet, les législateurs canadiens et français partent de l'idée que si le matériel de pédopornographique réelle est combattu, l'exploitation sexuelle des mineurs, car il est bien question de cela, s'arrêtera aussi (I). Il s'agit incontestablement d'un but légitime et universel. Toutefois, il ne faut pas négliger l'impact d'Internet sur cette infraction. La mise en ligne de ce matériel le rend encore plus inacceptable aux yeux du législateur puisqu'il produit des effets indésirables (II).

I. Le lien avec la lutte contre l'exploitation sexuelle

Lorsqu'il est question de l'infraction de pédopornographie, la principale préoccupation qui nous vient à l'esprit est la lutte contre l'exploitation sexuelle des personnes mineures¹⁰⁴². En effet, « la pornographie mettant en scène des enfants est la conséquence de l'exploitation ou de l'abus sexuel d'un enfant »¹⁰⁴³. Toutefois, les dispositions s'orientent plus vers la protection de ce que renvoie comme image la pédopornographie à l'ensemble de la société. Autrement dit, l'image du mineur, dans son sens premier, semble essentielle. Il n'en reste pas moins qu'il y a une protection indirecte du mineur physiquement. L'idée est qu'en diminuant le nombre de représentations mettant en scène sexuellement un mineur, les abus ou autres agressions sexuelles vont, par corrélation, également disparaître. Autrement dit, d'un point de vue économique, en diminuant l'offre, le législateur veut influencer la demande et par conséquent, le marché puisqu'il ne faut pas oublier que la

¹⁰⁴⁰ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 13 : « La pornographie mettant en scène des enfants amplifie et diffuse à plus grande échelle les abus sexuels qu'elle donne à voir. Ce faisant, elle risque de considérablement accroître le préjudice infligé à l'enfant victime »; ECPAT International, préc., note 376, p. 34.

¹⁰⁴¹ « La pédopornographie, sous forme particulièrement grave d'exploitation sexuelle des enfants, prend de l'ampleur et se propage par le biais de l'utilisation des nouvelles technologies et d'Internet » (M. QUÉMÉNER et J. FERRY, préc., note 855, p. 170).

¹⁰⁴² *Décision-cadre n°2004/68/JAI*, préc., note 87, 4^e Considérant : « L'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie constituent des violations graves des droits de l'homme et du droit fondamental de l'enfant à une éducation et un développement harmonieux ».

¹⁰⁴³ Leonardo PLASENCIA, *Pédo-pornographie et cybercriminalité*, Fondation Scelles, nov. 2007, en ligne : <<http://www.fondationscelles.org>>, (consulté le 23 sept. 2009).

pédopornographie réelle n'est que le résultat de l'enregistrement d'un crime ou d'un délit en train d'être commis (A). Il n'y a donc pas de doute sur le lien qu'entretient la pédopornographie avec l'exploitation sexuelle. Cet enregistrement produit inévitablement des conséquences importantes sur la personne victime, à savoir le mineur (B).

A) L'incrimination de la pédopornographie réelle active

L'infraction de pédopornographie active réelle est le résultat d'une autre infraction à caractère sexuel notamment lorsque le mineur n'a pas la majorité sexuelle, puisque dans ce cas, il y a nécessairement incrimination¹⁰⁴⁴. En effet, une personne mineure possédant la majorité sexuelle, qui est de quinze ans en France et de seize ans pour le Canada, peut valablement consentir à une relation sexuelle avec un majeur. Toutefois, les articles 227-23 du C.pén. et 163.1 du C.crim. ne font « aucune distinction selon l'âge des mineurs »¹⁰⁴⁵. C'est ainsi que, dès qu'un mineur est filmé pendant une relation sexuelle, dans le but d'en diffuser les images, l'infraction est constituée conformément aux dispositions des textes législatifs canadiens et français¹⁰⁴⁶. Il y a en effet mise en scène d'un mineur sexuellement, et ce, de manière sûre et certaine¹⁰⁴⁷. Autrement dit, une personne de moins de dix-huit ans est utilisée afin de créer ou de produire un enregistrement à caractère pornographique. Dans ce cas, la personne décide volontairement de produire du matériel à caractère sexuel mettant en scène une personne mineure notamment en l'exploitant sexuellement. D'ailleurs, les nouvelles technologies « ont dans une certaine mesure rendu la production de pédopornographie plus facile et moins dangereuse pour le criminel »¹⁰⁴⁸. En effet, les

¹⁰⁴⁴ Même si le mineur avait la majorité sexuelle, certaines des infractions à caractère sexuel seraient applicables, puisqu'elles emploient de la violence dans leur commission. Par exemple, le viol et les agressions sexuelles (C.pén., art. 222-22 et suiv.; C.crim., art. 265).

¹⁰⁴⁵ A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, p. 20.

¹⁰⁴⁶ Voir : R. c. L.M., [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31 : « L'accusé a été reconnu coupable d'agression sexuelle sur sa fille de quatre ans ainsi que de production, de distribution et de possession de pornographie juvénile »; CA Paris, 24 avril 2007, Juris-Data n°2007-341490; *Comm.com.électr.* 2007, comm. 158.

¹⁰⁴⁷ « Les images mettant en scène l'abus sexuels d'enfants (...) peuvent être produites hors ligne pour être ensuite circulées sur le cyberspace. Ou encore, elles peuvent être produites au moment où l'abus sexuel de l'enfant a lieu, en temps réel, devant un public en ligne et en direct » (ECPAT International, préc., note 376, p. 34).

¹⁰⁴⁸ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851, p. 2; CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242 : « La raison pour laquelle nous devons nous y attaquer est que la situation s'est aggravée, tant pour notre société que pour l'ensemble de la planète, à cause de l'avènement des nouvelles technologies, en

producteurs amateurs peuvent, sans être inquiétés contrairement à auparavant¹⁰⁴⁹, réaliser, produire des films ou prendre des photographies dans un laps de temps réduit et les dupliquer, les exporter, voire les stocker sur n'importe quel support informatique. En d'autres termes, Internet a permis le développement de la « production maison »¹⁰⁵⁰ au détriment de la pédopornographie dite « traditionnelle » dans le sens qu'elle ne se trouve pas sur le réseau Internet mais sur support physique et qu'elle existait bien avant l'arrivée des nouvelles technologies. Or, d'après le Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle commerciale des enfants, « le Service de contrôle douanier et postal des États-Unis signale qu'une bonne partie de la pédopornographie qu'il saisit est toujours constituée de vidéos artisanales et que les pornographes continuent d'avoir largement recours à la poste pour échanger des vidéos et des disques informatiques »¹⁰⁵¹. En effet, certaines décisions rendues au Canada, notamment au Québec, et en France viennent conforter cette idée puisque dans de nombreux cas, les accusés sont en possession de documents papiers ou de photographies qu'ils ont eux-mêmes produits, ce qui constitue de la pédopornographie « traditionnelle »¹⁰⁵².

particulier l'utilisation d'Internet par les pornographes. Si on remonte 10 ou 20 ans en arrière, la production de pornographie juvénile était minime par rapport à ce qu'elle est aujourd'hui. C'est une réalité qui a pris beaucoup d'ampleur et la production est maintenant énorme, car elle peut être offerte à beaucoup plus de gens ».

¹⁰⁴⁹ *Id.*, CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS : « Alors que les producteurs amateurs de pornographie devaient naguère faire développer leurs photos ou leurs films, les technologies nouvelles leur permettent à présent de réaliser des films vidéos ou des photos analogiques ou numériques pouvant être exportés directement sur un site Internet ou stockés dans un fichier informatique ». Par exemple : *R. c. Blondin*, (1998-02-16), préc., note 792. Dans cette affaire, une personne confie 2 pellicules photos à un magasin qui se rend compte que l'un des rouleaux comportent des scènes avec une fillette de 8 ans nue dans des positions particulières. Idem pour *R. c. M.B.*, préc., note 798; *R. c. Fontaine*, préc., note 317.

¹⁰⁵⁰ L'expression en anglais « home made » a été empruntée aux auteurs suivants: Anna GRANT, Fiona DAVID et Peter GRABOSKY, « Child Pornography in the Digital Age », (1997) 3 *Transnational Organized Crime*, n o 4, 171-188; « Elles ont également fait entrer ces activités chez les particuliers, ceux-ci pouvant dès lors, sans quitter leur domicile et confidentiellement, scanner des images, les produire, les diffuser et les télécharger en voies remontante ou descendante » (CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, rapport final, Strasbourg, le 16 sept. 2003, EG-S-NT (2002) 9 rév., en ligne : <[http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_EG-S-NT\(2002\)9rev_F.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_EG-S-NT(2002)9rev_F.pdf)>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 25); F. FORTIN et J.ROY, préc., note 1030, p. 109 : « Il se trouve que maintenant le matériel de pornographie juvénile est surtout fabriqué de façon artisanale, mais qu'il peut ensuite être échangé entre collectionneurs privés »; L. PLASENCIA, préc., note 1043, p. 1.

¹⁰⁵¹ *Id.*, CONSEIL DE L'EUROPE, p. 19 et 20; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851, p. 2.

¹⁰⁵² Au Canada et au Québec : *R. c. Sharpe*, préc., note 30 (photographies, écrits et vidéocassettes); *R. c. Blondin*, (1998-02-16), préc., note 792 (photographies); *R. c. Tardif*, préc., note 371 (catalogues, différents renseignements et vidéocassettes); *R. c. M.B.*, préc., note 798 (photographies); *R. c. Robert Chassé*, préc., note 816 (caricatures, bandes dessinées et des textes à connotation sexuelle); *R. c. Fontaine*, préc., note 317

La pédopornographie active réelle est donc la représentation d'une scène de nature répréhensible¹⁰⁵³. Ainsi, une infraction à caractère sexuel souvent liée à l'exploitation sexuelle des mineurs est commise à l'encontre d'une personne mineure. Dans ce cas, de nombreuses qualifications juridiques peuvent intervenir selon les faits reprochés. C'est ainsi que la *Décision-cadre européenne 2004/68/JAI*¹⁰⁵⁴ énonce, dans son article 2, les « infractions liées à l'exploitation sexuelle des enfants », à savoir

« [c]haque État membre prend les mesures nécessaires pour que les comportements intentionnels suivants soient punis : a) le fait de contraindre un enfant à se livrer à la prostitution ou à participer à des spectacles pornographiques ou d'en tirer profit ou d'exploiter un enfant de toute autre manière à de telles fins ; b) le fait de recruter un enfant pour qu'il se livre à la prostitution ou participe à des spectacles pornographiques ; c) le fait de se livrer à des activités sexuelles avec un enfant, en recourant à l'un des moyens suivants : i) en faisant usage de la contrainte, de la force ou de menaces ; ii) en offrant de l'argent ou d'autres formes de rémunération ou de paiement pour les activités sexuelles auxquelles se livre l'enfant, ou iii) en abusant d'une position reconnue de confiance, d'autorité ou d'influence sur un enfant. »¹⁰⁵⁵

Dans la plupart des cas, il s'agit d'atteintes ou d'agressions sexuelles selon le droit pénal français¹⁰⁵⁶ et d'infractions par contacts sexuels selon le droit criminel canadien¹⁰⁵⁷. Mais, il peut également s'agir, selon les qualifications criminelles canadiennes, d'exploitation sexuelle¹⁰⁵⁸, d'inceste¹⁰⁵⁹, de prostitution¹⁰⁶⁰, voire de bestialité¹⁰⁶¹ ou de voies de fait pour le sadomasochisme¹⁰⁶². La pédophilie pourrait être insérée à cette liste. Or, comme nous

(photographies et livres de photos). En France : C.cass.crim., 9 juin 1999, *Bull.crim.* n°133 (cassettes vidéos); CA Paris, 6 fév. 2001, préc., note 797 (cassettes vidéos); CA Montpellier, 10 fév. 2004, *Juris-Data* n°02/01718, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009) (dvd vidéo, revues, cassettes vidéo); CA Montpellier, 26 oct. 2004, préc., note 813 (images sur CD); CA Paris, 13 fév. 2007, préc., note 316 (photographies, images, livres et bandes dessinées).

¹⁰⁵³ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 13.

¹⁰⁵⁴ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87.

¹⁰⁵⁵ Voir : *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392, art. 18 (relatif aux abus sexuels) et 19 (traitant des infractions se rapportant à la prostitution infantine).

¹⁰⁵⁶ C.pén., art. 222-23 et suiv. (viol et agressions sexuelles); 227-25 et suiv. (atteintes sexuelles). Voir : M.-D. TRAPET, préc., note 201.

¹⁰⁵⁷ C.crim., art. 151 et suiv.

¹⁰⁵⁸ C.crim., art. 153.

¹⁰⁵⁹ C.crim., art. 155; C.pén., art. 222-24 (4), 222-28 (2), 222-29 (1), 222-30 (2), 227-26 (1) et 227-27 (1).

¹⁰⁶⁰ C.crim., art. 170, 212 (2) et (4); C.pén., art. 225-12-1. « Deux autres études ont également fait apparaître des liens très étroits entre la prostitution d'enfants et la production de pédopornographie » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 13).

¹⁰⁶¹ C.crim., art. 160; C.pén., art. 521-1 (Séviçes graves ou actes de cruauté envers les animaux).

¹⁰⁶² C.crim., art. 265 (Voies de fait); C.pén., art. 222-1 et suiv. (tortures et actes de barbarie).

l'avons déjà signalé dans un développement précédent, ce n'est pas une infraction pénale, mais un état psychiatrique¹⁰⁶³. Par conséquent, il n'est pas approprié de l'inclure.

Les infractions à caractère sexuel, aussi bien en droit canadien que français, constituent incontestablement un danger pour les mineurs puisqu'elles engendrent pour ce dernier un préjudice certain. Celles-ci, par ailleurs, s'effectuent à l'égard d'un groupe de personnes jugées faibles et vulnérables, ce qui rend ces actes encore plus insupportables pour le législateur mais également pour l'opinion publique. De ce fait, l'infraction de production de pédopornographie réelle¹⁰⁶⁴ prend toute sa rationalité en raison de la protection du mineur contre tout acte à caractère sexuel pouvant lui être infligé. L'exploitation sexuelle, qu'elle soit gratuite ou commerciale¹⁰⁶⁵, représente l'enjeu principal sous-jacent à cette répression¹⁰⁶⁶. En effet, la pédopornographie sur Internet ne serait que la partie visible de l'iceberg puisqu'elle ne refléterait que la vitrine de l'exploitation sexuelle des mineurs contraint à la prostitution et à l'esclavage sexuel. Il en irait de même pour les personnes majeures. Autrement dit, il s'agit de faire de la prévention.

B) Des conséquences importantes pour les victimes

La prévention est donc le but ultime de l'infraction de pédopornographie. En effet, les violences faites aux mineurs par le biais de cette dernière ont des conséquences importantes au niveau physique et psychologique¹⁰⁶⁷. Il s'agit ainsi d'intervenir dans l'intérêt de ces

¹⁰⁶³ *Supra*, p. 93. « La « pédophilie » est une catégorie de diagnostic clinique » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *L'exploiteur sexuel*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 10).

¹⁰⁶⁴ C.crim., art 163.1 (2); C.pén., art. 227-23; *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9(1).

¹⁰⁶⁵ Voir : dossier ASSOCIATION QUÉBÉCOISE PLAIDOYER-VICTIME, « L'exploitation sexuelle à des fins commerciales » (juin 2008) 4 *Les Cahiers de PV Antenne sur la victimologie*.

¹⁰⁶⁶ D'ailleurs, la *Résolution européenne 1307 (2002) - Exploitation sexuelle des enfants : tolérance zéro* (en ligne :

<<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta02%2FFRES1307.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009)) vient conforter cette idée puisque toute « la communauté internationale s'est mobilisée pour lutter contre l'exploitation sexuelle des enfants » et « l'Assemblée demande aux États d'appliquer la tolérance zéro pour les crimes contre les enfants ».

¹⁰⁶⁷ Les abus sexuels sont des actes inappropriés « en regard de l'âge et du degré de développement de l'enfant et qui [sont susceptibles] de porter gravement atteinte à la sécurité et au développement de cet enfant » (*K.-M. R., Re*, préc., note 844). « L'agression sexuelle contre des enfants est un crime particulièrement odieux puisqu'il s'exerce contre des êtres sans défense, qu'il est facilité le plus souvent par une relation affective et d'autorité, qu'il viole une relation de confiance, qu'il traumatise la victime et la prive d'un développement normal de sa propre sexualité. Nos tribunaux, ont, au cours des récentes années, montré

personnes jugées vulnérables. Autrement dit, les législateurs canadien et français, en vertu de cette infraction, souhaitent véhiculer l'idée que les mineurs ne sont pas des partenaires sexuels même s'ils possèdent, pour certains, la majorité sexuelle. Les juges, par exemple canadiens, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, l'ont clairement énoncé.

« L'objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels ». »¹⁰⁶⁸

Par conséquent, le mineur réel est protégé de la pédopornographie et de toutes violences et exploitations sexuelles pouvant lui être infligées aussi bien au niveau national, européen¹⁰⁶⁹ qu'international¹⁰⁷⁰.

avec raison, une sévérité accrue en la matière, non pas pour répondre aux accusations de laxisme de certains journaux, comme le juge de première instance l'a souligné dans son rapport à la Cour, mais bien parce qu'ils y voient un acte profondément antihumain et antisocial et ont conscience de son impact et de ses répercussions sur les victimes » (*R. c. Hamelin*, préc., note 715; « La fragmentation de la personnalité d'un enfant à l'époque où son organisation naissante ne laisse voir qu'une structure défensive très fragile, engendrera - à long terme - la souffrance, la détresse et la perte d'estime de soi » (*R. c. J.L.*, [1998] A.Q. no 755).

¹⁰⁶⁸ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 34 et 183 : « Il promeut l'idée fausse que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes ».

¹⁰⁶⁹ Par exemple : *Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains*, 16.V. 2005, Varsovie, S.T.C.E. n°197, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/197.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Décision n°2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*, J.O.C.E. n°L 63 du 06/03/2002, p. 1-13, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:063:0001:0013:FR:PDF>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Décision-cadre n°2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie*, J.O.C.E. n°L 13 du 20/01/2004; *Recommandation Rec(91)11 du Comité des Ministres aux États membres sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes*, 9 sept. 1991, en ligne : <<https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=572410&SecMode=1&DocId=597946&Usage=2>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Recommandation Rec (2000)11 du Comité des Ministres aux États membres sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 574; *Recommandation Rec(2001)16 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle*, 31 oct. 2001, en ligne : <[http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec\(2001\)16_F.pdf](http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec(2001)16_F.pdf)>, (consulté le 23 sept. 2009); *Résolution 1307 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 27 septembre 2002 sur l'Exploitation sexuelle des enfants : tolérance zéro*, en ligne : <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta02%2FFRES1307.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009). Voir : M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 177 et suiv.

¹⁰⁷⁰ Par exemple : *Convention Internationale relative aux droits de l'enfant*, préc., note 81, art. 34 et 19 (protection des mineurs contre toutes formes d'exploitations sexuelle et de violence sexuelle); *Convention internationale des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui*, préc., note 574; *Convention sur les pires formes du travail des enfants*, 17 juin 1999, en ligne : <<http://www.droitsenfant.com/convtravail.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination*, 17 juin

En outre, cette idée de faire du mineur un « objet sexuel »¹⁰⁷¹ est développée par d'autres pratiques à caractère sexuel, ceci pouvant parfaitement s'appliquer au traitement accordé aux adultes. En effet, le marché de la pédopornographie, qui est donc en principe à l'origine d'un crime sexuel, entretient des liens étroits avec le tourisme sexuel¹⁰⁷² et la traite des êtres humains¹⁰⁷³, la plupart du temps dans le cadre d'une criminalité organisée. Les mineurs deviennent alors des « esclaves sexuels » qui rapportent beaucoup de bénéfices pour les exploiters sexuels qui ne sont pas forcément des « pédophiles », comme il est coutume de le lire dans les médias¹⁰⁷⁴. En effet, ce groupe de personnes « exploiters sexuels » « ne sert qu'à désigner d'une façon ramassée les personnes qui commettent des actes d'exploitation sexuelle sur la personne d'enfants »¹⁰⁷⁵. Dans tous les cas, ils « profitent injustement d'un certain déséquilibre du pouvoir entre eux et une personne âgée de moins de 18 ans en vue de l'exploiter sexuellement dans l'attente soit d'un profit, soit d'un plaisir personnel »¹⁰⁷⁶. C'est pour cela que la criminalité organisée y voit un moyen de profit important surtout avec la mondialisation qui permet de rendre le marché « florissant »¹⁰⁷⁷.

1999, Organisation Internationale du Travail, Genève, en ligne : <<http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C182>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Protocole facultatif à la Convention internationale aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, 26 juin 2000, en ligne : HCDH <<http://www.ohchr.org/french/law/crc-sale.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁰⁷¹ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 50.

¹⁰⁷² *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, 3^e Considérant : « Le Parlement européen, dans sa résolution du 30 mars 2000 concernant la communication de la Commission sur la mise en oeuvre des mesures de lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants, réaffirme que cette forme de tourisme sexuel est un acte criminel étroitement lié à ceux relevant de l'exploitation sexuelle des enfants et de la pédopornographie ». Mise en place de Charte ou de Code éthique mondial, afin de sensibiliser les touristes à ce phénomène et ainsi l'éradiquer, voire le diminuer. Voir : C. BOUQUET (dir.), préc., note 406. « Le tourisme sexuel est devenu, pour certains, une activité de dépaysement et de loisir comme une autre. La misère engendre inévitablement l'exploitation des plus faibles. Les jeunes enfants en sont les victimes privilégiées dans les pays où la prostitution enfantine est source de revenus » (M.-D. TRAPET, préc., note 201, p.143); C. LEGARDINER, préc., note 228, p. 24 et 25.

¹⁰⁷³ C.pén., art. 225-4-1 et suiv.; C.crim., art. 279 et suiv.

¹⁰⁷⁴ « En particulier, on montre que la question de savoir qui exploite sexuellement les enfants ne se réduit pas à celle des « pédophiles » » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *L'exploiteur sexuel*, préc., note 1063, p. 1).

¹⁰⁷⁵ *Id.*, p. 7.

¹⁰⁷⁶ *Id.*, p. 8.

¹⁰⁷⁷ « La mondialisation capitaliste a provoqué un essor spectaculaire des industries du sexe et a contribué, par conséquent, à banaliser et même à organiser la marchandisation des êtres humains » (R. POULIN, préc., note 773, p. 13); « C'est ainsi qu'on a signalé des familles vendant leurs enfants comme travailleurs forcés ou esclaves sexuels afin de pouvoir acheter un poste de télévision ou un réfrigérateur » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *Mondialisation et incitation à consommer*, préc., note 405, p.2); ECPAT International, préc., note 376, p. 39 et suiv.

Or, depuis peu, nous pouvons assister à l'apparition d'une nouvelle sorte d'exploiteurs sexuels à savoir, les mineurs et les femmes. En effet, ceux-ci, pourtant victimes exploitées, deviennent eux-mêmes agresseurs sexuels. Autrement dit, nous sommes face au phénomène de « l'exploité exploiteur ». Pour le moment, rien ne peut expliquer ce nouveau phénomène mais il est clair que les mineurs sont de plus en plus soumis à un quotidien hypersexualisé, voire violent¹⁰⁷⁸, qui produit peut être une distorsion cognitive due à leur stade de développement encore précoce¹⁰⁷⁹. Ceci explique également qu'ils connaissent certaines difficultés à faire la différence entre le monde physique et virtuel. En effet, « pour les jeunes en particulier qui apprennent et développent encore leurs capacités à raisonner de façon critique, les interactions dans le cyberspace qui semblent détachées des émotions et leurs conséquences réelles peuvent dénaturer leur compréhension de la réalité »¹⁰⁸⁰. C'est ainsi que les mineurs deviennent aussi bien consommateurs que producteurs d'images représentant une exploitation sexuelle d'un de leurs pairs sans pour autant comprendre les conséquences réelles dans le monde physique¹⁰⁸¹.

Les conséquences produites sur la personne mineure ne sont donc pas minimales puisqu'il existe des risques concrets en ce qui concerne la pédopornographie réelle. En effet, les mineurs, qui possèdent ou non la majorité sexuelle, se voient exposés à certains dangers qui vont nécessairement leur causer des préjudices. De ce fait, l'infraction de pédopornographie réelle se rationalise puisque « la notion de « préjudice » sert souvent de base pour la

¹⁰⁷⁸ *Id.*, R. POULIN : « La publicité et le grand capital, les politiques économiques et sociales des gouvernements, le marketing et les médias ont également leur part de responsabilité dans l'exploitation sexuelle des enfants ». En France, le législateur est, d'ailleurs, intervenu par la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, (préc., note 464) pour prévenir et sanctionner les violences, notamment par la création de l'infraction du « happy slapping ». Voir : A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, p. 2; Agathe LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *Comm. com. électr.*, juin 2007, n°6, étude 13.

¹⁰⁷⁹ « D'autres jeunes cherchent à se représenter en tant que « qu'adultes » en faisant circuler des images d'eux-mêmes posant dans une imitation de « l'érotisme » du courant dominant de la publicité, des médias, de la télévision et des films » (ECPAT International, préc., note 376, p. 40) ; « Ne prenons que les postures lascives entourant la lingerie féminine, la mode ou les cosmétiques où le nombre de mannequins ont à peine 14 ans » (P. BENSIMON, préc., note 229, p. 19) Voir : R. POULIN, préc., note 773, p. 10 (Hypersexualité des sociétés, érotisation et banalisation de la violence et des rapports de domination et le sexisme).

¹⁰⁸⁰ ECPAT International, préc., note 376, p. 32.

¹⁰⁸¹ *Id.*, p. 39 : « D'autres formes de production de matériel pornographique mettant en scène des enfants impliquent des enfants et des jeunes qui ont accès aux dernières TIC, (...) et qui créent des images pornographiques d'eux-mêmes, de leurs amis et de leurs pairs, pour ensuite les transmettre dans l'espace virtuel ».

définition de ce qui constitue un acte criminel »¹⁰⁸². Il est donc indéniable qu'un préjudice est fait aux moins de dix-huit ans jugés, par ailleurs, vulnérables et qu'il faut les prévenir des potentiels dommages en interdisant l'infraction de pédopornographie réelle¹⁰⁸³.

II. La lutte contre la mise en réseau du matériel

Même si l'infraction de pédopornographie réelle est la représentation de la commission d'une autre infraction à l'encontre de la personne mineure, le véritable problème se situe au niveau de sa diffusion ou de sa publication sur le réseau Internet. En effet, ce vecteur engendre de nouvelles réalités que le droit doit forcément prendre en compte et ainsi s'adapter aux nouvelles technologies. Dès lors, le critère de la diffusion, pour le droit pénal français, s'avère substantiel dans la qualification de l'infraction de production ou de distribution de pédopornographie, à la différence du droit criminel canadien (A). En outre, Internet a suscité une vague de comportements inhabituels venant compléter l'infraction de pédopornographie réelle et ainsi créer de nouvelles menaces pour les mineurs (B).

A) Les critères de la diffusion et de la publication

Le critère de la diffusion, prévu par l'article 227-23, al. 1 et 2 du C.pén.¹⁰⁸⁴, représente incontestablement un élément matériel substantiel (« *actus reus* ») à la qualification des infractions de production et de distribution de pédopornographie. Il en va différemment à l'article 163.1, al. (2) et (3) du C.crim.¹⁰⁸⁵ qui préfère employer le terme de « publication »

¹⁰⁸² COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 3.

¹⁰⁸³ R. c. *Sharpe*, préc., note 30, § 34: « L'objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3^e sess., 34^e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328 ».

¹⁰⁸⁴ Al. 1 : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 Euros d'amende »; al. 2 : « Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines ».

¹⁰⁸⁵ « (2) Quiconque produit, imprime ou publie, ou a en sa possession en vue de la publication, de la pornographie juvénile est coupable »; « (3) Quiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou

(1). Celui-ci possède, par ailleurs, une signification différente. Une autre distinction est à faire au niveau de la circonstance aggravante. En effet, le droit français considère comme aggravant le fait de diffuser de la pédopornographie à destination d'un public non déterminé sur un réseau de communications électroniques, tel qu'Internet (2).

1) La qualification de l'infraction de production et de distribution sur Internet

Les dispositions canadiennes et françaises incriminent, selon des termes légèrement différents, toutes les formes de transmission¹⁰⁸⁶. De manière générale, il est possible de les regrouper sous les vocables de « production » et de « distribution » de pédopornographie, pour le droit canadien et, de « fabrication » et de « transmission » pour le droit français. Dans les deux cas, l'infraction est constituée lorsque de la pédopornographie a été créée par la personne elle-même dans le but ultime de la diffuser sur Internet¹⁰⁸⁷ avec ou sans profit¹⁰⁸⁸. Il en va de même lorsqu'elle ne l'a pas fabriqué personnellement mais décide de la diffuser au moyen du réseau¹⁰⁸⁹. Toutefois, une différence doit être apportée. En effet, les dispositions françaises, à savoir « [l]e fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique »¹⁰⁹⁰ et « [l]e fait d'offrir, de rendre

exporte de la pornographie juvénile ou en fait la publicité, ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre, de l'exporter ou d'en faire la publicité, est coupable ».

¹⁰⁸⁶ Il s'agit par exemple des actions suivantes : produire, imprimer, publier, posséder, transmettre, rendre accessible, distribuer, vendre, importer, exporter, faire la publicité, transmettre, fixer, enregistrer, offrir, rendre disponible, faire importer, faire exporter.

¹⁰⁸⁷ Par exemple : C.cass.crim., 4 fév. 2004, Juris-Data n°959/J/2004, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009) (atteintes sexuelles aggravées, enregistrement d'images de mineurs à caractère pornographique, en vue de leur diffusion); TGI de Paris, 17^{ème} ch., 7 juin 2005, *France Télécom, ministère public c. Laurent B.*, en ligne : <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=533>>, (consulté le 23 sept. 2009); CA Caen, 8 sept. 1999, préc., note 398 (offre en ligne de photographies de défloraisons d'enfants).

¹⁰⁸⁸ Par exemple : *R. v. Cohen*, [2001] O.J. No. 1606 (C.A. Ont.), 2001 CanLII 3862 (distribution de pornographie juvénile en échange d'autre matériel, sans requérir d'être payé); *R. c. Lisk*, [1997] O.J. No. 6150 (sites sur Internet se spécialisant dans la distribution de la pornographie infantile).

¹⁰⁸⁹ Par exemple : CA Paris, 30 mars 2005, Juris-Data n°04/04706, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009) (forum de discussion); C.cass.crim., 11 mai 2005, Juris-Data n°2659/J/2005, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass. Crim., 28 sept. 2005, préc., note 798.

¹⁰⁹⁰ C.pén., art. 227-23, al. 1. Un problème d'interprétation doit être souligné ici. En effet, le terme « transmission » pris dans ce texte n'est pas clair, puisqu'il est associé à l'expression « en vue de sa diffusion ». Or, une transmission n'est-elle pas une diffusion? Seule la jurisprudence pourra nous renseigner sur ce qu'il faut entendre par « transmission, en vue de sa diffusion ». Voir : JURISCLASSEUR, *Mise en péril des mineurs – Exploitation à caractère pornographique réalisé avec des mineurs – Diffusion de messages à caractère violent ou pornographique susceptibles d'être perçus par un mineur*, Code pénal, art. 227-23 et 227-24, Fascicule 20, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009), § 13.

disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter »¹⁰⁹¹, démontre que le critère de la diffusion est substantiel dans la qualification des différentes infractions relatives à la fabrication et à la transmission. Il s'agit d'un élément matériel. D'ailleurs, la Cour de cassation française, dans un arrêt du 2 février 2005, a élargi ce critère de la diffusion en incriminant le fait d'échanger des images à caractère pédopornographique¹⁰⁹² et lorsque « le contenu est libre d'accès sur Internet via un logiciel de partage *peer to peer* »¹⁰⁹³. C'est ainsi que le simple fait de les transmettre, dans son sens le plus large, ou de posséder un logiciel de partage permettant le libre accès du contenu de l'ordinateur à une ou plusieurs autres personnes deviennent une diffusion sur le réseau Internet. Par conséquent, la Cour de cassation déduit la preuve de l'objectif de diffusion à partir d'un faisceau d'indices concordants et suffisants¹⁰⁹⁴.

En revanche, pour le droit canadien, le critère de la publication n'est pas substantiel dans la qualification des infractions énumérées par les articles 163.1 (2) et (3) du C.crim. Ces derniers énoncent que « [q]uiconque produit, imprime ou publie, ou a en sa possession en vue de la publication, de la pornographie juvénile est coupable » ainsi que « [q]uiconque transmet, rend accessible, distribue, vend, importe ou exporte de la pornographie juvénile ou en fait la publicité, ou en a en sa possession en vue de la transmettre, de la rendre accessible, de la distribuer, de la vendre, de l'exporter ou d'en faire la publicité ». Il est donc clair que la publication est une infraction parmi les autres. Toutefois, une différence avec la diffusion doit être effectuée. En effet, selon le dictionnaire, la diffusion est le fait de répandre dans le public, alors que la publication est le fait de porter à la connaissance du public¹⁰⁹⁵. De ce fait, il est clair que la diffusion est assez proche du terme distribution à la différence de celui de la publication qui correspond plus à la mise en ligne du matériel sans chercher à le distribuer sur Internet.

¹⁰⁹¹ C.pén., art. 227-23, al. 2.

¹⁰⁹² C.cass.crim. 2 fév. 2005, Juris-Data n°04-85521, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁰⁹³ C.cass.crim., 29 mars 2006, *A.J. pénal*, n°6, 2006, obs. G. Royer, p. 260.

¹⁰⁹⁴ *Id.*; C.cass.crim., 4 fév. 2004, Juris-Data n°03-81.984, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁰⁹⁵ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), préc., note 90, p. 748, 749 et 2114.

En outre, une autre précision doit être mise en exergue puisque le droit français semble se préoccuper plus particulièrement de la diffusion de la pédopornographie que de sa fabrication. En effet, pour que le matériel fabriqué soit réprimé par l'article 227-23 du C.pén., il faut nécessairement qu'il soit mis en ligne « en vue de sa diffusion ». Dans le cas contraire, la qualification pénale ne peut pas être retenue. Il en va tout autrement pour le droit canadien qui incrimine le fait de produire de la pédopornographie peu importe qu'elle soit ou non publiée par la suite. Par conséquent, le droit français permet « de réaliser toutes les productions que l'on veut à partir d'enfants du moment qu'on le fait pour satisfaire ses propres fantasmes » sous réserve, toutefois, « de l'application de la qualification de corruption de mineurs, voire celle de détention de matériel pornographique »¹⁰⁹⁶. Nous étudierons ces infractions plus loin dans notre développement¹⁰⁹⁷. Autrement dit, les dispositions de l'article 227-23 du C.pén. ne s'intéressent qu'à la pédopornographie qui n'a pas été fabriquée par la personne elle-même¹⁰⁹⁸. Dans ce cas, d'autres qualifications seront plus pertinentes telles que celle d'agression¹⁰⁹⁹ ou d'atteinte sexuelle¹¹⁰⁰, voire de la corruption d'un mineur¹¹⁰¹. De plus, depuis la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*¹¹⁰², tout enregistrement et de diffusion d'images de violences et d'agressions sexuelles dans son sens large sont punis par le *Code pénal* à l'article 222-33-3¹¹⁰³. Autrement dit, toute diffusion d'un crime constitue nécessairement une infraction en elle-même.

De plus, le droit français incrimine la diffusion de pornographie au vu de tous et plus spécialement des mineurs, et ce, en vertu de l'article 227-24 du C.pén. En effet, ce texte sanctionne le fait de rendre la pornographie, et donc la pédopornographie, accessible aux

¹⁰⁹⁶ JURISCLASSEUR, préc., note 1090, § 12. D'ailleurs, nous verrons que l'infraction de détention en droit français n'est pas aussi claire qu'elle y paraît notamment en ce qui concerne la détention privée.

¹⁰⁹⁷ *Infra*, p. 245.

¹⁰⁹⁸ En effet, il ne faut pas oublier que la *Décision-cadre n°2004/68/JAI* (préc., note 87) prévoit dans son art. 3.2 des cas d'exclusion facultative de responsabilité pénale, ainsi que l'arrêt *R. c. Sharpe* (préc., note 30) en ce qui concerne la production privée.

¹⁰⁹⁹ C.pén., art. 222-27-222-31-1.

¹¹⁰⁰ C.pén., art. 227-25- 27.

¹¹⁰¹ C.pén., art. 227-22.

¹¹⁰² *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464.

¹¹⁰³ « Est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions. Le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. Le présent article n'est pas applicable lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice ».

mineurs « lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »¹¹⁰⁴. Ces dispositions viennent compléter l'article 227-23 du même code. Il est donc évident que ce dernier et celui relatif à la diffusion de pornographie à des mineurs, comme nous l'avons exposé dans notre première partie¹¹⁰⁵, s'intéressent plus spécialement à la protection des mœurs des mineurs qu'à leur protection physique. D'ailleurs, il s'agit d'infractions relatives à la mise en péril des mineurs. Il est ainsi clair que le législateur français s'est principalement préoccupé de la diffusion de la pédopornographie, notamment sur le réseau Internet plus que de sa production. Or, il ne fait aucun doute dans ce dernier cas que le mineur est exploité sexuellement, ce qui lui cause inévitablement plus de préjudices.

Enfin, l'alinéa 4 de l'article 227-23 du C.pén. énonce que « [l]a tentative des délits prévus aux alinéas précédents est punie des mêmes peines ». Autrement dit, la sanction de la tentative s'applique aussi bien pour la production que pour la distribution de pédopornographie. Elle est donc prévue pour tous les comportements sans distinction¹¹⁰⁶. Il en va également ainsi pour le droit canadien puisque l'article 24 du C.crim.¹¹⁰⁷ traite de la tentative de manière générale. Il s'applique alors à l'infraction de pédopornographie prévue par l'article 163.1 du même code.

¹¹⁰⁴ C.pén., art. 227-24 : « Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

¹¹⁰⁵ *Supra*, p. 154.

¹¹⁰⁶ L'article 4 de la *Décision-cadre 2004/68/JAI* (préc., note 87) traite des incriminations « dérivées » qui oblige les États-membres à prendre « les mesures nécessaires pour que soit puni le fait d'inciter à commettre l'une des infractions visées aux articles 2 et 3 ou de s'en rendre complice » et « les mesures nécessaires pour que soit puni le fait de tenter d'adopter l'un des comportements visés à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 1, points a) et b) ». Autrement dit, « à rendre punissables le fait d'inciter à consommer les infractions principales qui y sont définies, d'y participer, et de tenter de les commettre sauf, pour la tentative, en ce qui concerne l'offre, la mise en disponibilité, l'acquisition ou la détention de matériel pédopornographique » (I. WATTIER, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité », préc., note 958, p. 227).

¹¹⁰⁷ « (1) Quiconque, ayant l'intention de commettre une infraction, fait ou omet de faire quelque chose pour arriver à son but est coupable d'une tentative de commettre l'infraction, qu'il fût possible ou non, dans les circonstances, de la commettre ».

2) Le particularisme français : la circonstance aggravante d'Internet

Contrairement au droit criminel canadien et la *Décision-cadre européen 2004/68/JAI*¹¹⁰⁸ qui considèrent comme une circonstance aggravante le fait de réaliser un profit¹¹⁰⁹, le droit pénal français en a dégagé deux autres. La première est le fait de commettre l'infraction de pédopornographie en bande organisée¹¹¹⁰. La seconde est le fait pour une personne de distribuer ou publier de la pédopornographie « lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques »¹¹¹¹. C'est ainsi que l'emploi du réseau Internet pour la commission de l'infraction de pédopornographie représente pour le législateur français un fait qui doit être condamné plus durement que les autres. Ce vecteur possède donc un traitement différent notamment en raison de ces caractéristiques propres. En effet, le préjudice subi, lors de la diffusion ou de la publication de pédopornographie, est double. Le premier est, comme pour tout autre support, une représentation d'une infraction à caractère sexuel à l'encontre d'un mineur notamment s'il n'a pas l'âge de la majorité sexuelle, puisque dans ce cas précis, il y a nécessairement incrimination. Le second, par contre, résulte des effets qu'engendrent la diffusion sur Internet de cette image qui devient accessible dans le monde entier sans avoir la possibilité de la supprimer complètement du réseau. Le préjudice subi est alors amplifié puisqu'il est continu.

Le réseau Internet engendre ainsi des préjudices continus car « en pratique, ces images deviennent des traces permanentes des sévices infligés »¹¹¹², mais également il permet de diffuser l'infraction au niveau mondial ce qui a nécessairement un impact plus important qu'un simple dessin sur papier. Le préjudice infligé à la victime va être plus

¹¹⁰⁸ *Décision-cadre 2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 5.2. Voir : I. WATTIER, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité », préc., note 958, p. 228.

¹¹⁰⁹ C.crim., art. 163.1 (4.3) : « Le tribunal qui détermine la peine à infliger à une personne déclarée coupable d'infraction au présent article est tenu de considérer comme circonstance aggravante le fait que cette personne a commis l'infraction dans le dessein de réaliser un profit ».

¹¹¹⁰ C.pén., art. 227-23, al. 6 : « Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 Euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée ».

¹¹¹¹ C.pén., art. 227-23, al. 3. Elle érigeait en circonstance aggravante depuis la *Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, préc., note 116.

¹¹¹² CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 5.

considérable¹¹¹³, vu que les images prohibées deviennent « un document qui existe pour toujours et auquel beaucoup de monde peut accéder »¹¹¹⁴. Par conséquent, le trouble à l'ordre public est durable puisqu'il est constant et continu. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'utilisation d'Internet en tant que circonstance aggravante a été retenue pour d'autres infractions sexuelles lorsque soit « l'Internet est à l'origine de la mise en contact de la victime avec l'auteur des faits délictueux », soit « l'infraction a été commise par l'Internet »¹¹¹⁵. C'est ainsi que, par exemple, les articles 222-24 (8), 222-28 (6), 225-7 (10), 225-12-2 (2) et 227-26 (4) du C.pén. énoncent que les faits sont aggravés « [l]orsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications ». Par conséquent, le législateur français a pris en compte les comportements considérés comme dangereux et occasionnés par les nouvelles technologies de l'information¹¹¹⁶. Il a donc mis l'accent sur le fait de traiter différemment ce vecteur, mais également sur la crainte que ce dernier provoque. Toutefois, le législateur canadien devrait, peut-être prendre en compte les spécificités d'Internet et arrêter la neutralité technologique¹¹¹⁷.

Une précision doit être apportée sur cette circonstance aggravante d'un point de vue terminologique. En effet, la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*¹¹¹⁸ a tenu à remplacer le terme « télécommunications » par celui de « communications électroniques » dans l'article 227-23 du C.pén. ainsi qu'à l'article 227-22 relatif à la corruption de mineur, sans pour autant faire ce changement dans les autres articles faisant référence à cette circonstance aggravante. Cette modification partielle peut paraître assez incohérente, voire étrange, puisque les différents textes *a priori* font référence à la même chose. D'où la présence encore d'un certain doute en ce qui concerne le statut juridique du réseau Internet. Est-il un « réseau de télécommunications » ou un

¹¹¹³ « On devrait par ailleurs reconnaître que la diffusion répétée maintes et maintes fois de ces documents audiovisuels auprès des publics de plusieurs milliers de personnes pérennise le sentiment de culpabilité de ces enfants » (UNESCO, *Exploitation sexuelle des enfants, pornographie impliquant des enfants et pédophilie sur Internet*, réunion d'Experts, Paris, 18 et 19 janv. 1999, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001147/114751fo.pdf>), (consulté le 23 sept. 2009), p. 2).

¹¹¹⁴ *Id.*, p. 13.

¹¹¹⁵ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 168 et 169.

¹¹¹⁶ Ségolène ROUILLÉ-MIRZA et Éric BARBRY, « Nouveaux moyens de communication, protection des mineurs et mesures techniques », (2007) 37 *Légicom* 69-75, p. 71.

¹¹¹⁷ Notion qui sera étudiée plus loin dans notre développement (*Infra*, p. 330).

¹¹¹⁸ *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464.

« réseau de communications électroniques »? Visiblement, il semble que ces deux termes représentent la « même catégorie de cause d'aggravation de la sanction, telle que l'avait conçue la loi du 17 juin 1998 »¹¹¹⁹. Mais une question reste, toutefois, à savoir pourquoi le législateur français n'a-t-il pas étendu le changement à tous les articles? Est-ce un oubli de sa part ou y-a-t-il véritablement une justification juridique derrière?

B) L'apparition de nouveaux comportements

Le réseau Internet a apporté, avec ses caractéristiques particulières, de nouvelles menaces, dans le sens où de nouveaux comportements se sont développés au détriment du bien-être des mineurs. En effet, ce vecteur permet, voire facilite, la rencontre entre personnes mineures et majeures (1). C'est pour cette raison que les législateurs canadiens et français, notamment sous la pression de l'opinion publique, sont intervenus en créant de nouvelles infractions pénales (2). Toutefois, une question reste en suspens à savoir, est-ce vraiment de nouveaux comportements ou simplement une adaptation des criminels aux nouveaux outils de communications? *A priori*, la réponse serait qu'Internet ne fait que rendre visible ce qui était auparavant caché. Il ne crée rien de véritablement nouveau.

1) Les nouvelles menaces : un moyen de rencontre pour les amateurs de pédopornographie

Internet a facilité certains comportements qui ont engendré des effets nuisibles à l'égard des personnes de moins de dix-huit ans. Celles-ci sont désormais en danger aussi bien à l'extérieur du cercle familial qu'à l'intérieur¹¹²⁰. En effet, est apparu le phénomène du recrutement et du conditionnement des victimes, ce qui a permis l'amplification de la pédopornographie réelle avec toutes les infractions qui y sont commises¹¹²¹. Internet n'a

¹¹¹⁹ A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 9; A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », préc., note 1078.

¹¹²⁰ « En d'autres termes, plus de personnes ont maintenant accès aux enfants dans leur environnement le plus intime et privé, et cela offre davantage d'opportunités aux personnes à l'extérieur du cadre familial de faire des avances sexuelles, d'abuser ou d'agresser des enfants » (ECPAT International, préc., note 376, p. 25).

¹¹²¹ « L'Internet est utilisé par les trafiquants pour recruter des victimes potentielles » (CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 13 et 27); « L'Internet offre des avantages sans précédent, et les trafiquants se sont rapidement organisés pour les exploiter.

donc pas créé en tant que tel de nouveaux comportements, mais ce sont les cybercriminels qui ont adapté leurs crimes en fonction de l'évolution des technologies. Autrement dit, « les auteurs ont adopté des outils modernes pour arriver à leurs fins »¹¹²². C'est ainsi que le réseau leur a juste permis d'augmenter leurs chances de rencontrer un mineur sans trop de risques, contrairement au monde réel.

En outre, avec la mondialisation, les individus n'ont aucun problème pour se déplacer d'un pays à l'autre, à se dissimuler grâce à la possibilité de naviguer de manière anonyme¹¹²³ et à brouiller leurs transactions financières le cas échéant¹¹²⁴. Les prédateurs sexuels, les abuseurs sexuels et les pédophiles deviennent alors mobiles et difficilement visibles sur le réseau ce qui complique indéniablement les possibilités de poursuites. Par exemple, en ce qui concerne le tourisme sexuel impliquant des mineurs, une nouvelle catégorie d'auteurs d'abus sexuels sur mineurs est apparue, à savoir « des adultes qui font la connaissance d'un enfant sur Internet et sont ensuite prêts à voyager, parfois pendant longtemps, et à changer de région, de continent et de pays, dans le but de rencontrer un enfant et d'abuser sexuellement de lui »¹¹²⁵. Il est donc clair que le réseau Internet simplifie les rencontres

L'Internet, et d'autres moyens de télécommunication, offrent, en effet, à l'industrie du sexe et à des « prédateurs » particuliers, de nouveaux moyens de « se procurer », de mettre sur le marché et de « livrer » des femmes et des enfants à l'exploitation sexuelle, en les soumettant à un régime très répréhensible d'exploitation et d'esclavage moderne » (p. 7); L. PLASENCIA, préc., note 1043, p. 5.

¹¹²² S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 1029, p. 68; CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant le Projet de loi C-277*, Compte rendu officiel, 39^e législature, 1^{ère} session, n°030, 31 mai 2006, en ligne : Parlement du Canada, propos de M. Rob MOORE (secrétaire parlementaire du ministre de la Justice et procureur général du Canada, PCC) : « Les prédateurs sexuels qui s'en prennent aux enfants ne constituent pas un phénomène nouveau, mais Internet aide les pédophiles à entrer en contact avec leurs victimes potentielles ».

¹¹²³ CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 25: « L'anonymat, la dissimulation ou la difficulté de suivre à la trace leurs communications sont autant d'atouts décisifs pour les délinquants. (...) Afin d'écarter tout risque d'identification, les criminels font redistribuer leurs messages par une succession de retransmetteurs de courrier électronique anonyme qui suppriment les en-têtes d'identification d'origine pour les remplacer par d'autres ».

¹¹²⁴ *Id.*, p. 17 : « Le développement d'économies clandestines et de réseaux criminels transnationaux est un élément négatif de la mondialisation, dû à la fusion croissante des secteurs économique, politique et social à l'échelon planétaire – élément qui échappe de plus en plus au contrôle régional et national. Le processus de privatisation crée des marchés plus vastes et plus ouverts sur l'ensemble de la planète – phénomène certainement stimulé par une forte demande dans ce sens. Une autre composante majeure de la mondialisation – à savoir la communication par les techniques informatiques – provoque le développement et une complexité accrue des transactions financières internationales, ce qui, à son tour, augmente le champ de la criminalité transactionnelle, tout en réduisant les possibilités d'arrestation et de détention des délinquants. Cette dimension technologique de la mondialisation permet le transfert et le blanchiment, dans tout pays, de sommes acquises dans le cadre d'activités illégales ».

¹¹²⁵ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, préc., note 55, p. 8.

avec les potentielles victimes mineures et donc leur recrutement. De plus, du fait de la présence d'un certain anonymat, ces abuseurs sexuels profitent de la confiance que les jeunes leur témoignent pour les manipuler à leur guise et les séduire¹¹²⁶.

Le conditionnement ou « le criminel des enfants par l'intermédiaire de l'Internet »¹¹²⁷, voire « le racolage électronique »¹¹²⁸ représente ainsi une nouvelle menace pour les mineurs. Les différentes formes de messageries instantanées, comme le clavardage ou le bavardage (forums de discussions), les « peer to peer » y compris les caméras Web et les téléphones mobiles munis d'un appareil-photo peuvent causer certains dangers à la sécurité des personnes mineures qui sont souvent seules devant l'ordinateur¹¹²⁹. En effet, les parents ou toute autre personne possédant l'autorité parentale ne sont pas, la plupart du temps, au courant des agissements de leur progéniture. Ceux-ci se gardent bien de signaler le contenu de leurs conversations avec leurs pairs ou toute autre personne, notamment lorsqu'elles comportent un caractère pornographique¹¹³⁰. Ce silence permet aux abuseurs de conditionner, isoler et manipuler leurs futures victimes d'exploitation ou d'abus sexuels.

¹¹²⁶ *Id.*, p. 22 : « En général, il essaie de se lier d'amitié avec l'enfant, éventuellement en se faisant passer lui-même pour un enfant ayant des intérêts et des préoccupations semblables. Il tente ensuite de persuader l'enfant de passer dans une salle de discussion privée, où ils pourront discuter à deux. (...) Les prédateurs cherchent à attirer l'enfant dans ses filets et l'encourage parfois à prendre des photos pornographiques de lui-même, seul ou avec des amis. À terme, une rencontre entre les deux aura peut-être lieu en personne pour que l'adulte puisse abuser davantage de l'enfant »; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851, p. 3 : Les agresseurs sexuels abusent de la crédibilité des mineurs en instaurant une confiance. En effet, « [l]e cyberspace favorise les contacts émotionnels et psychologiques rapprochés entre des individus qui ne se connaissent peut-être pas auparavant. Ces individus peuvent être physiquement proches ou distants, bien que le cyberspace peut donner malgré tout une impression de « distance sécuritaire » ». C'est ainsi que les mineurs représentent une cible parfaite puisqu'ils ne possèdent pas encore les réflexes sécuritaires. Voir : la partie intitulée « Séduire pour faire mal » dans ECPAT International, préc., note 376, p. 52-58 ; L. PLASENCIA, préc., note 1043, « moyen de recrutement »; CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant le Projet de loi C-277*, préc., note 1122, propos de M. Ed FAST (Abbotsford, PCC); CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242 : « Internet est devenu un véhicule extraordinaire utilisé par les criminels pour attirer et maltraiter des petits Canadiens ainsi que pour diffuser du matériel illégal »; A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 29.

¹¹²⁷ *Id.*, CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*.

¹¹²⁸ F.-J. PANSIER et E. JEZ, 2000, préc., note 17, p. 80.

¹¹²⁹ Ethel QUAYLE et Max TAYLOR, « Paedophiles, Pornography, and the Internet: Assessment Issues », (2002) 32 *British Journal of Social Work*, 863-875; ECPAT International, préc., note 376, p.39 ; CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 18; A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, p. 17.

¹¹³⁰ *Id.*, ECPAT International, p.25 : « Alors que l'Internet est maintenant accessible sans fil, les parents, les tuteurs et les personnes-clefs dans l'entourage de l'enfant auront beaucoup plus de difficultés à superviser les interactions des jeunes dans le cyberspace ».

D'ailleurs, la présence de pédopornographie réelle sur Internet permet aux utilisateurs de ce matériel de faire des collections et ainsi créer des réseaux. Ces derniers leur permettent de vendre, acheter, échanger ou acquérir du matériel, mais également des « astuces » pour conditionner des mineurs¹¹³¹. Par conséquent, les textes relatifs à la pédopornographie, soit les articles 227-23 du C.pén. et 163.1 du C.crim., ont été érigés pour lutter contre ces réseaux qui exploitent sexuellement les mineurs¹¹³².

Les nouvelles technologies permettent inévitablement le développement de l'exploitation et des violences sexuelles sur les personnes vulnérables, telles que les mineurs. Ces derniers se retrouvent, en effet, depuis peu, sollicités de manière plus directe à pratiquer des activités sexuelles explicites avec des personnes majeures, mais surtout dans un environnement censé les protéger, soit dans le domicile familial. D'ailleurs, la pédopornographie réelle circulant sur Internet permet à ces délinquants sexuels de manipuler leurs futures victimes en leur montrant ce matériel pour justifier et normaliser les relations sexuelles entre mineurs et majeurs¹¹³³. Autrement dit, cette forme de pornographie sert de moyen d'éducation sexuelle pour les moins de dix-huit ans et ainsi essayer de les corrompre pour les inciter à adopter certains comportements sexuellement explicites¹¹³⁴. Il s'agit donc d'actes préparatoires à la commission d'infraction de nature sexuelle sur mineurs¹¹³⁵. Cette nouvelle tendance engendre la peur et la crainte du réseau de la part des parents qui souhaitent protéger leur progéniture. La pression sociale produite par l'opinion publique s'amplifie et demande plus de sécurité sur le réseau. Notre société s'affiche, visiblement, dans une ère d'absence de risques et, vers une protection absolue des

¹¹³¹ Linda KOONTZ, *File Sharing Programs: Users of Peer-to-Peer Networks Can Readily Access Child Pornography*, Washington, DC, United States General Accounting Office, 2004; Pierre TREMBLAY, *Social Interactions Among Paedophiles*, Montréal, Québec, ministère de la Justice Canada, 2002. Voir : R. c. M.P., préc., note 715 (connaissance par le biais d'Internet et échange de fantasmes sexuels à l'endroit des mineurs).

¹¹³² FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 170; M-D. TRAPET, préc., note 201, p. 142-146.

¹¹³³ Rachel O'Connell « confirme que les réseaux d'échange organisé de pornographie mettant en scène des enfants permettent de « légitimer et de normaliser » l'attraction sexuelle que certains adultes éprouvent pour les enfants » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, préc., note 55, p.15); ECPAT International, préc., note 376, p. 59-65, « L'exposition à de la pornographie et à du matériel préjudiciable »; « Enfin, l'Internet provoque une diminution de l'inhibition sexuelle des utilisateurs en normalisant les images et les comportements et en offrant à l'internaute un soutien collectif virtuel qui le conforte dans sa démarche. Pour certains utilisateurs, le risque encouru par le téléchargement d'images illicites constitue une excitation supplémentaire » (CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 35).

¹¹³⁴ *Id.*, ECPAT International.

¹¹³⁵ Voir : R. v. Legare, 2008 ABCA 138 (CanLII).

personnes jugées faibles. Pour répondre à ces inquiétudes, les législateurs canadiens et français ont dégagé de nouvelles infractions pénales pour protéger les jeunes internautes contre les nouveaux comportements véhiculés sur le réseau Internet et ainsi le rendre plus sécurisé.

2) Les nouvelles infractions : prévenir le recrutement et le conditionnement

Des dispositions pénales sont apparues pour contrer ce nouveau phénomène qui vient contribuer au développement de la pédopornographie active réelle sur Internet et vient conforter l'idée qu'une certaine crainte de ce vecteur se développe. En effet, pour produire ce matériel, il faut nécessairement un mineur et le réseau est un moyen facilitant les rencontres avec ces derniers¹¹³⁶. Les agresseurs sexuels ou toute autre personne amatrice de pédopornographie, « [g]râce à Internet, (...) peuvent créer des contacts, devenir membres de réseaux et participer à des groupes de discussion. Ils peuvent ainsi appliquer leurs propres normes et convictions de façon à rationaliser leurs comportements, leurs déviances »¹¹³⁷. C'est pour cette raison que les législateurs canadiens et français ont érigé en infraction spécifique le fait de séduire un mineur par le biais d'Internet ou de rentrer en contact avec ce dernier, ainsi que de le leurrer. Il est donc interdit de racoler ou de harceler des mineurs par le biais d'un réseau de communication, dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles, d'autant que celui-ci a tendance à favoriser la confiance des jeunes qui ne pensent pas à se méfier, comme dans la vie réelle. Autrement dit, les législateurs ont décidé d'incriminer les gestes préparatoires à la commission d'infractions à caractère sexuel à l'encontre de mineurs.

¹¹³⁶ « Les auteurs d'infraction ont eux aussi tiré parti de chacune de ces nouvelles technologies et applications pour rechercher et harceler des victimes, pour transmettre du matériel illicite et pour passer inaperçu de la justice » (CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 21).

¹¹³⁷ Caroline PAQUIN, « La pornographie juvénile », dans ASSOCIATION QUÉBÉCOISE PLAIDOYER-VICTIME, « L'exploitation sexuelle à des fins commerciales », préc., note 1065, p. 25. Par exemple : CA Paris, 14 juin 2006, Juris-Data n°05/08874, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009) (atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans par un majeur mis en contact avec la victime par réseau de télécommunications).

Ces différents comportements incriminés résultent de lois récentes, aussi bien au Canada qu'en France. C'est ainsi que la *Loi de 2001 modifiant le droit criminel*¹¹³⁸ a introduit un article 172.1 au C.crim.¹¹³⁹, afin d'incriminer « toute communication « au moyen d'un ordinateur » avec des personnes au-dessous d'un certain âge, ou que l'accusé croit au-dessous d'un certain âge, dans le but de faciliter la perpétration de certaines infractions sexuelles impliquant des enfants ou l'enlèvement d'enfants »¹¹⁴⁰. Il s'agit de l'infraction de leurre. Celle-ci pose actuellement certaines difficultés aux juges, notamment en Alberta. En effet, ils se posent la question de savoir s'il y a leurre lorsqu'il y a simplement une conversation de nature explicitement sexuelle avec un mineur, sans l'intention présente et actuelle de le rencontrer ? Deux solutions ont été dégagées. La première considère que l'infraction de leurre ne peut être caractérisée que si l'intention de rencontrer le mineur est présente et actuelle lors de la conversation de nature explicitement sexuelle¹¹⁴¹. Ils soutiennent que cette infraction a été érigée, afin d'incriminer le fait de communiquer avec un mineur dans le but de faciliter certaines infractions de nature sexuelle. Ils effectuent un lien entre le fait de communiquer et le fait de faciliter certains comportements sexuels à l'encontre de mineurs. Autrement dit, il faut établir que la communication a été effectuée dans le but ultime d'obtenir des faveurs sexuelles de la part du mineur et, que cette intention soit clairement définie par la volonté de rencontrer la personne mineure. Par contre, les tenants de la seconde solution sont d'avis que cette incrimination « should not be restricted to situations where the adult attempts to persuade the child to meet »¹¹⁴². En effet,

¹¹³⁸ *Loi de 2001 modifiant le droit criminel*, L.C. 2002, c. 13; *Projet de Loi C-15A*, *Loi modifiant le Code criminel et d'autres Lois*, 21 oct. 2001.

¹¹³⁹ « (1) Commet une infraction quiconque communique au moyen d'un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) avec : a) une personne âgée de moins de dix-huit ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée au paragraphe 153(1), aux articles 155 ou 163.1, aux paragraphes 212(1) ou (4) ou aux articles 271, 272 ou 273; b) une personne âgée de moins de seize ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée aux articles 151 ou 152, aux paragraphes 160(3) ou 173(2) ou à l'article 280; c) une personne âgée de moins de quatorze ans ou qu'il croit telle, en vue de faciliter la perpétration à son égard d'une infraction visée à l'article 281. (3) La preuve que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) a été présentée à l'accusé comme ayant moins de dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l'accusé croyait, au moment de l'infraction présumée, qu'elle avait moins que cet âge ».

¹¹⁴⁰ David GOETZ et Gérald LAFRENIÈRE, *Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois*, LS-410F, Division du droit et du gouvernement, 12 oct. 2001, en ligne : <<http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/LS/371/371c15a-f.htm#A.%C2%A0%20L%E2%80%99exploitation.txt>>, (consulté le 23 sept. 2009). Voir : *R. c. D. O.*, 2005 IIJCan 17595 (QC C.Q.); J.E. 2005-1213 : « Il s'agit du crime de leurre, reconnu depuis 2002, qui consiste à utiliser un ordinateur pour faciliter, à l'endroit d'un enfant de moins de 14 ans, les infractions décrites au paragraphe c) de l'article 172.1 (1) C.Cr. ».

¹¹⁴¹ *R. v. Legare*, 2006 ABQB 248 (CanLII).

¹¹⁴² *R. v. Legare*, 2008, préc., note 1135, § 55.

à la différence de la première solution, « a present intent to meet the child communicated with, is not required »¹¹⁴³. Par conséquent, l'infraction de leurre est caractérisée du seul fait que l'auteur a communiqué avec une personne mineure au moyen d'un système informatique, avec l'intention, pas forcément actuelle, de commettre personnellement une infraction de nature sexuelle avec la mineure¹¹⁴⁴. De ce fait, peu importe, qu'il ait démontré une intention actuelle de rencontrer ou non le mineur. Cette simple conversation, qui est donc un acte préparatoire à la commission des infractions des articles 151 et 152 du C.crim., afin de développer une relation « virtuelle » avec le mineur, suffit à caractériser l'infraction de leurre. Dans ce cas, l'intention de rencontrer le mineur peut être actuelle comme être future; contrairement à la première solution qui restreint le champ d'application de l'infraction qu'aux conversations qui nécessairement débouchent sur une rencontre avec le mineur dans le but d'obtenir des relations sexuelles. Nous sommes d'avis que la seconde solution est celle qui est la plus protectrice envers les mineurs et correspond le mieux à l'objectif premier de la loi qui est de protéger les mineurs contre le conditionnement et le recrutement, afin de lutter efficacement contre les abus sexuels. En effet, l'infraction de leurre est un acte préparatoire pour les prédateurs sexuels qui profitent des facilités apportées par le réseau Internet pour conditionner et recruter des mineurs, afin d'avoir des relations sexuelles. De ce fait, la conversation de nature explicitement sexuelle avec un mineur suggère que l'auteur a l'intention, à un moment donné, pas forcément actuellement, d'exploiter sexuelle la personne mineure. Une présomption de commettre un abus sexuel peut donc être dégagée. Dans tous les cas, la Cour suprême va devoir intervenir pour trancher entre ces deux conceptions différentes.

Le législateur canadien devrait peut être prendre exemple sur la législation française qui semble plus protectrice envers les mineurs, en ce qui concerne l'encadrement du conditionnement et du recrutement par le biais d'Internet. Un récent *projet de loi C-46*¹¹⁴⁵ souhaite insérer un nouvel article dans le *Code criminel canadien*. Il incriminerait le fait de « s'entendre ou de faire un arrangement avec une personne, par tout moyen de

¹¹⁴³ *Id.*, § 62.

¹¹⁴⁴ *Id.*, § 63.

¹¹⁴⁵ *Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la concurrence et la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*, projet de loi n° C-46 (dépôt et 1^{ère} lecture – 18 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.) (ci-après « *Projet de loi C-46* »), art. 4 (création de l'art. 172.2 C.crim.).

télécommunication, pour perpétrer une infraction sexuelle contre un enfant »¹¹⁴⁶. Autrement dit, il s'agirait d'ériger en infraction le fait de comploter, par le biais d'un système informatique, pour commettre un abus sexuel sur un mineur. Le législateur canadien ne semble pas attester d'une réelle préoccupation par rapport aux actes préparatoires à la commission d'infractions de nature sexuelle à l'encontre de mineurs, contrairement au législateur français qui a inséré dans le *Code pénal* de nouvelles infractions. C'est ainsi qu'est une infraction le fait d'utiliser Internet pour entrer en contact avec un mineur afin de demander des rapports sexuels. Mais surtout l'article 227-22-1 du C.pén., inséré par la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*¹¹⁴⁷ qui réprime « [l]e fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique ». Autrement dit, l'infraction est constituée dès qu'il y a des propositions sexuelles faites à un mineur n'ayant pas la majorité sexuelle, c'est-à-dire, dès qu'il y a une simple intention de proposer des actes sexuels à une personne de moins de quinze ans, sans qu'il y ait nécessairement agression ou atteinte sexuelle par la suite. C'est ainsi que les adolescents ne sont pas visés par cette protection, alors qu'ils représentent souvent les premières victimes de cette exploitation. Toutefois, l'article 227-22 du même code, dont le corollaire peut-être l'article 172 du C.crim.¹¹⁴⁸, vient compléter ces dispositions puisqu'il s'applique à tous les mineurs sans distinction d'âge et « fait du jeune âge de celui-ci (moins de quinze ans) une cause d'aggravation de la sanction »¹¹⁴⁹. Ce texte érige en infraction « [l]e fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur », à savoir l'incitation de mineurs à la débauche¹¹⁵⁰. Et, tel que nous l'avons déjà exposé précédemment, il s'agit d'une

¹¹⁴⁶ *Id.*, sommaire.

¹¹⁴⁷ *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464. Voir : *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels*, préc., note 392, art. 23 : « Chaque Partie prend les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale le fait pour un adulte de proposer intentionnellement, par le biais des technologies de communication et d'information, une rencontre à un enfant n'ayant pas atteint l'âge fixé en application de l'article 18, paragraphe 2, dans le but de commettre à son encontre une infraction établie conformément aux articles 18, paragraphe 1.a, ou 20, paragraphe 1.a, lorsque cette proposition a été suivie d'actes matériels conduisant à ladite rencontre ».

¹¹⁴⁸ « (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque, là où demeure un enfant, participe à un adultère ou à une immoralité sexuelle, ou se livre à une ivrognerie habituelle ou à toute autre forme de vice, et par là met en danger les mœurs de l'enfant ou rend la demeure improprie à la présence de l'enfant. (3) Pour l'application du présent article, « enfant » désigne une personne qui est ou paraît être âgée de moins de dix-huit ans » ; *Projet de loi C-46*, préc., note 1145, art. 4.

¹¹⁴⁹ A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », préc., note 1078, § 16.

¹¹⁵⁰ Par exemple : C.cass. crim., 14 nov.1990, *Droit pénal*.1991.105; C.cass.crim., 1er fév.1995, *Bull.crim.*, n°43. Comme le souligne l'auteur Agathe LEPAGE (*Id.*), « si les propositions sexuelles adressées à un

circonstance aggravante « lorsque le mineur a été mis en contact avec l’auteur des faits grâce à l’utilisation, pour la diffusion de messages à destination d’un public non déterminé, d’un réseau de communications électroniques »¹¹⁵¹. Ces deux textes, qui viennent incontestablement protéger la moralité du mineur¹¹⁵², sont assez proches, même si le premier est plus précis puisqu’il s’agit d’actes relatifs à la sexualité et possède donc un champ d’application plus restreint que le second. D’ailleurs, dans ce dernier, le délit n’est pas « constitué si aucun but de corruption n’est établi »¹¹⁵³. En outre, le fait de rencontrer la personne mineure par la suite constitue une circonstance aggravante¹¹⁵⁴ « même si celle-ci n’a donné lieu à la commission d’aucune atteinte sexuelle »¹¹⁵⁵. Autrement dit, il s’agit bien de protéger le mineur contre toute demande ou tentative de demande à caractère sexuel, notamment contre de possibles abus sexuels, mais également, pour sauvegarder sa moralité.

En outre, le législateur français, dans la *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs*¹¹⁵⁶, a érigé en infraction « le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu’elle commette à l’encontre d’un mineur l’un des crimes ou délits visés aux articles 222-22 à 222-31, 225-5 à 225-11, 227-22, 227-23 et 227-25 à 227-28 (...), lorsque cette infraction n’a été ni commise ni tentée ». L’article 227-28-3 du C.pén. vient donc compléter l’incrimination de pédopornographie puisque, dorénavant, le simple fait de solliciter un mineur pour ce genre de matériel, quel que soit l’un des comportements incriminés par l’article 227-23, constitue un crime. Ce texte renforce et élargit incontestablement le champ d’application de l’infraction relative à la pornographie mettant en scène un mineur. Désormais, toute incitation à la pédopornographie est réprimée dès qu’elle est faite à l’encontre d’une personne de moins de dix-huit ans, sans qu’aucun passage à l’acte n’ait été

mineur de quinze ans par mail par exemple sont accompagnées de propos ou d’images pornographiques, c’est l’infraction de l’article 227-24 qui, plus sévèrement punie, devra être retenue ».

¹¹⁵¹ C.pén., art. 227-22 al.1.

¹¹⁵² R. c. *Groulx*, [1980] C.S.P. 1013: « Contrairement à l’art. 33 de la *Loi sur les jeunes délinquants*, où le comportement sexuel immoral d’un accusé doit conduire à la délinquance, cette disposition vise la protection morale de l’enfant sans pour autant considérer la délinquance éventuelle ».

¹¹⁵³ A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », préc., note 1078.

¹¹⁵⁴ C.pén., art. 227-22-1, al. 2 : « Ces peines sont portées à cinq ans d’emprisonnement et 75 000 Euros d’amende lorsque les propositions ont été suivies d’une rencontre ».

¹¹⁵⁵ A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, p. 4.

¹¹⁵⁶ *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006*, préc., note 87.

ni commis ni tenté. Ces dispositions vont donc plus loin que les précédentes et elles protègent tous les mineurs sans restrictions quant à la majorité sexuelle. Le droit français semble avoir prévu de nombreux cas pour réprimer tout les comportements qui peuvent, de près ou de loin, avoir un quelconque rapport avec la pédopornographie et ainsi contribuer au développement de son marché.

Cette infraction confirme l'idée qu'Internet représente pour le législateur français un vecteur qui fait relativement peur. Il érige en effet en infraction le fait de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans, ce qui « revient à « réprimer à titre d'infraction autonome un acte préparatoire ou une tentative d'atteinte sexuelle », qui traduit bien la méfiance du législateur à l'égard d'Internet »¹¹⁵⁷. Autrement dit, la seule volonté d'obtenir une quelconque faveur sexuelle d'un mineur n'ayant pas la majorité sexuelle constitue une infraction en droit français. Ce qui est tout à fait logique puisque les personnes mineures ne possédant pas la majorité sexuelle, à savoir quinze ans pour le droit français et seize ans pour le droit canadien, ne peuvent en aucun cas avoir de relations sexuelles ou tout autre acte de nature sexuelle avec une personne majeure.

Par conséquent, la pédopornographie réelle active s'intéresse plus particulièrement aux personnes qui produisent et diffusent ce matériel. Dans ce dessein, il est clair qu'elles ont besoin de mineurs qu'ils pourront exploiter, voire agresser ou abuser sexuellement. Le producteur n'est pas forcément celui qui va agresser la personne mineure, mais il va y contribuer dans tous les cas. En effet, il va exploiter l'image à caractère sexuel de ce mineur qui circulera sur le réseau et lui infligera un préjudice continu. C'est pour cette raison que les législateurs canadiens et français ont décidé d'incriminer la pédopornographie passive, afin de limiter l'exploitation de l'image du mineur réel.

¹¹⁵⁷ A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », préc., note 1078; Philippe CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n°2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal » (mai 2007) *Droit pénal*, chron. n°9, p. 2.

Section2: L'infraction de « pédopornographie passive » : la protection de « l'image » du mineur réel

L'infraction de pédopornographie passive, contrairement à la précédente, ne se préoccupe que des personnes qui consomment ce genre de matériel, voire décident de la transmettre ou d'en faire le trafic sans passer à l'acte. Ils sont donc généralement passifs, puisqu'ils n'exploitent pas sexuellement la personne réelle mineure, mais seulement son image. Toutefois, la jurisprudence a tendance à démontrer que la plupart des consommateurs sont également des exploiters sexuels de mineurs¹¹⁵⁸. Il ne faut pas oublier que les textes relatifs à la pédopornographie ont pour principal objectif de protéger l'image et les mœurs du mineur lorsqu'il est mis en scène sexuellement puisque cela va à l'encontre de la moralité publique¹¹⁵⁹. En effet, les législateurs paraissent vouloir protéger le mineur contre la sexualité en raison d'un environnement quotidien hypersexualisé. Visiblement, Internet doit devenir un réseau moral protégé contre toute présence d'images ou représentations sexuelles. Les législateurs canadiens et français, en créant l'infraction de pédopornographie passive, ont souhaité incriminer les consommateurs de ce matériel afin de créer un impact sur le marché de l'exploitation sexuelle des mineurs (I). Ils ont donc instauré un régime spécial en s'en prenant aux personnes qui consomment cette forme de pornographie. En effet, il semblerait que la diffusion d'images sexuelles de mineurs normalise les abus sexuels sur ces derniers, voire rationalise ces crimes¹¹⁶⁰ lorsqu'il est question d'infractions¹¹⁶¹. Autrement dit, il s'agit de protéger indirectement le mineur contre toute exploitation sexuelle possible¹¹⁶². Derrière cette volonté législative de mettre en avant la protection des mineurs, une certaine moralité déguisée se dessine. Le fait de vouloir exclure toute présence pornographique mettant ou non en scène un mineur sur le réseau Internet, permet la mise en place d'une norme de comportement morale¹¹⁶³. C'est pour cette raison que les lois canadiennes et françaises paraissent s'orienter vers un système plus sévère, en ne montrant aucune tolérance à l'égard des producteurs, diffuseurs et consommateurs de

¹¹⁵⁸ *Infra*, p. 258.

¹¹⁵⁹ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 48. Il s'agit d'éviter la diffusion ou la propagation d'images contraire à la moralité publique.

¹¹⁶⁰ ECPAT International, préc., note 376, p. 36 et 43.

¹¹⁶¹ En effet, toutes les représentations à caractère sexuel de mineurs ne sont pas forcément des agressions sexuelles ou des abus sexuels. Le mineur peut être majeur sexuellement et être consentant à l'acte sexuel avec une personne majeure. Ce qui sera incriminé, est le simple fait de l'avoir filmé et diffusé sur Internet.

¹¹⁶² B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 48.

¹¹⁶³ Voir : C.pén., art. 227-24 (dont le corollaire peut être l'art. 163 C.crim., même s'il s'applique sans distinction à tous).

pédopornographie. Elles vont même plus loin en s'en prenant aux personnes qui développent un quelconque intérêt pour ce genre de matériel. En effet, il y a une réelle volonté de discipliner les internautes et changer les comportements sociaux en instaurant une morale sexuelle sur le réseau. C'est ainsi que le délit de curiosité répétée est apparu afin de responsabiliser les clients de pédopornographie réelle sur l'exploitation sexuelle des mineurs puisque, comme nous l'avons précédemment exposé ¹¹⁶⁴, il s'agit de la représentation de la commission d'une autre infraction à caractère sexuel. Autrement dit, les législateurs attestent d'une véritable intransigeance envers toute personne ayant un quelconque lien avec la pédopornographie réelle (II).

I. L'incrimination du simple consommateur

Le simple consommateur représente, dans un langage plus économiste, le client qui demande de la pédopornographie et ainsi répond à l'offre faite par celui qui a produit ou mis en ligne le matériel incriminé. Autrement dit, le client est responsable de l'offre et du développement du marché. C'est sur cette base que les législateurs, en s'en prenant au client, souhaitent produire un impact sur le marché. En effet, la possession de pédopornographie « contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de [pédo]pornographie (...) peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions » ¹¹⁶⁵. Selon la loi de l'offre et de la demande, si l'offre est en baisse, plus la demande va également diminuer puisque le bien souhaité ne sera plus accessible. Toutefois, la rareté de l'offre va la rendre plus précieuse selon les lois économiques puisque le bien va devenir difficile à acquérir, donc recherché. Certains effets pervers alors donc susceptibles d'être mis en lumière. Mais d'un point de vue général, un régime juridique spécial prend forme en s'attaquant aux consommateurs. L'idée retenue est que « sans consommateurs, pas de réseau ni de trafic visant l'exploitation sexuelle des mineurs » ¹¹⁶⁶. L'infraction de possession ou de détention a ainsi été créée comme moyen pour diminuer le trafic lié à la pédopornographie sur le

¹¹⁶⁴ *Supra*, p. 218.

¹¹⁶⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 28; « que, par ses paiements, le prévenu a contribué à entretenir des réseaux pédophiliques » (TGI Le Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810).

¹¹⁶⁶ Thibault VIERBIEST, *Pornographie enfantine et Internet : comment réprimer?*, 19 mai 2001, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=423>, (consulté le 23 sept. 2009).

réseau Internet (A). De plus, il semble y avoir un possible lien de causalité entre l'exploitation sexuelle des mineurs et la consommation de pédopornographie (B).

A) L'infraction de possession ou de détention

Le consommateur de pédopornographie revêt plusieurs étiquettes qui vont de l'explorateur¹¹⁶⁷, en passant par le pervers¹¹⁶⁸, pour finir par le polymorphe¹¹⁶⁹ selon la typologie établie par les auteurs Francis Fortin et Julie Roy¹¹⁷⁰. Par conséquent, le réseau Internet a permis aux utilisateurs de ce matériel de « consommer, visionner, échanger et collectionner »¹¹⁷¹ de la pédopornographie. Toutefois, une précision doit être apportée à savoir que certains de ces consommateurs se satisfont en se servant « de matériel non spécifiquement conçu à des fins pornographiques comme source de fantasmes »¹¹⁷². Dans ces conditions, à quel moment l'infraction de possession de pédopornographie est-elle qualifiable? Faut-il réprimer toutes les images ou représentations mettant en scène sexuellement un mineur? La réponse est négative¹¹⁷³. Cela irait à l'encontre du principe même de la liberté d'expression garantie par les lois fondamentales, aussi bien au Canada¹¹⁷⁴ qu'en France¹¹⁷⁵. La protection des mineurs ne veut pas dire non plus que les droits fondamentaux doivent être remis en cause et restreints au point d'aller à l'encontre d'une « société libre et démocratique »¹¹⁷⁶. Néanmoins, l'infraction de possession ou de détention de pédopornographie se justifie notamment par la loi de l'offre et de la demande

¹¹⁶⁷ « L'explorateur semble être le type le plus orienté vers la collection à grande échelle » (F. FORTIN et J. ROY, préc., note 1030, p. 121).

¹¹⁶⁸ *Id.*, p. 122 et 123. Il est possible de distinguer de types de pervers : le « *pervers solitaire* et le *pervers organisé* » (italiques tels que dans le texte initial).

¹¹⁶⁹ *Id.*, p. 123 et 124. Il s'agit du groupe qui représente la plus grande menace pour les mineurs.

¹¹⁷⁰ Voir : Max TAYLOR, *The Nature and Dimensions of Child Pornography on the Internet* (2002, en ligne : <http://www.ipce.info/library_3/files/nat_dims_kp.htm>, (consulté le 23 sept. 2009)) qui fait une typologie des différentes images utilisées par les agresseurs sexuels, mais également il examine le syndrome du collectionneur qui semble s'être développé avec Internet. CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 44-46; L. PLASENCIA, préc., note 1043, p. 4 et 5.

¹¹⁷¹ F. FORTIN et J. ROY, préc., note 1030, p. 108. Voir : R. c. *Garneau*, 2006 QCCQ 12581 (CanLII) : « L'accusé essaie de banaliser ses agissements en se représentant comme un collectionneur ».

¹¹⁷² *Id.*, F. FORTIN et J. ROY, p. 109 : « Parmi ces sources, on retrouve les annonces de catalogues, les films et émissions de télévision pour enfants et même les albums de photos de famille. Ce contenu est utilisé pour entretenir les fantasmes et pour procurer des gratifications sexuelles ».

¹¹⁷³ *Supra*, p. 185.

¹¹⁷⁴ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 2 b).

¹¹⁷⁵ *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 10 et *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, préc., note 57, art. 19.

¹¹⁷⁶ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 1.

qui explique l'expansion des réseaux et donc du trafic de ce type de matériel. Toutefois, le Canada et la France n'ont pas montré le même engouement pour cette incrimination qui est arrivée plus tard en droit pénal français. Dans tous les cas, pour qualifier les faits de possession ou de détention de pédopornographie, il faut la réunion de deux éléments à savoir l'élément matériel, défini comme le fait de posséder ou détenir du matériel à caractère sexuel mettant en scène un mineur (1), et l'élément moral qui suppose la réunion des trois critères de consentement, de contrôle et de connaissance (2).

1) L'élément matériel : le fait de posséder ou détenir du matériel pédopornographique

Le droit canadien et français présentent quelques différences notamment vocables puisque le premier emploie le terme « possession » alors que le second lui préfère celui de « détention » sans pour autant en donner une définition. Les articles 163.1 (4) du C.crim.¹¹⁷⁷ et 227-23, al. 5 du C.pén.¹¹⁷⁸ incriminent le fait de posséder ou détenir de la pédopornographie. Le texte français n'est apparu que récemment grâce à la *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale*¹¹⁷⁹, alors que les dispositions canadiennes sont entrées en vigueur en 1993¹¹⁸⁰. C'est ainsi que les juges français, en l'absence d'une telle infraction, ont eu recours à une parade par le biais de l'infraction de recel prévue à l'article 321-1 C.pén.¹¹⁸¹. Ce texte permet, grâce à une interprétation élargie, de réprimer la simple détention de pédopornographie en connaissance de cause, en raison de l'absence de dispositions spécifiques. Ils ont ainsi retenu le recel de corruption de mineur¹¹⁸² ou de

¹¹⁷⁷ « Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable ».

¹¹⁷⁸ « Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de deux ans d'emprisonnement et 30000 euros d'amende ».

¹¹⁷⁹ *Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale*, préc., note 745.

¹¹⁸⁰ Interdiction mise en place par la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. (1993), c.45.

¹¹⁸¹ « Le recel est le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit ». Par exemple : TGI du Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810 (recel de photos de pornographie juvénile); C.cass.crim., 9 juin 1999, préc., note 1052 (détention de photos et de films provenant du délit). Voir : Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Thierry GARÉ et Corinne MASCALA, « Droit pénal : Panorama automne 2005 », (2005) 43 *Recueil Dalloz* 2986-2995, à la page 2991.

¹¹⁸² « Un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 2003 a précisé que le recel de cassettes provenant d'enregistrements illicites et la diffusion de ces mêmes cassettes, constituent deux infractions distinctes afférentes à des faits eux-mêmes distincts, rien par ailleurs ne s'opposant sur le plan des principes à ce que le recel d'une chose provenant d'un délit soit réprimé plus sévèrement que le délit lui-même » (Étienne WÉRY,

pédopornographie¹¹⁸³. Or, en agissant de la sorte, ils ont méconnu le principe fondamental de l'interprétation stricte de la règle de droit « qui interdit au juge pénal d'élargir un texte d'incrimination afin de sanctionner un fait qui n'a pas été expressément prévu par la loi »¹¹⁸⁴. En effet, afin de caractériser l'infraction de recel de l'alinéa premier de l'article 321-1 C.pén., il faut avoir l'intention de détenir « une chose » qui provient d'un crime ou d'un délit. L'image informatique ne peut être qualifiée de chose au sens juridique, puisqu'elle est immatérielle¹¹⁸⁵. Pourtant, certains juges ont considéré une telle image comme une chose¹¹⁸⁶, même si la Cour de cassation a toujours trouvé un subterfuge « en assimilant l'image à son support »¹¹⁸⁷. C'est ainsi qu'elle a reconnu, dans un arrêt du 9 juin 1999¹¹⁸⁸, le recel-détention d'une image si cette dernière « est fixée sur un disque dur qui en constitue le support matériel »¹¹⁸⁹. Elle l'a, par ailleurs, confirmé, dans un arrêt datant de 2005, en affirmant que « le recel du délit de fixation, enregistrement ou transmission, en vue de leur diffusion, d'images pornographiques de mineur est constitué lorsque lesdites images ont été conservées dans un fichier enregistré sur le disque dur d'un ordinateur »¹¹⁹⁰. Le droit pénal, malgré une certaine évolution en matière d'immatérialité, reste néanmoins très attaché au critère de la matérialité pour qualifier une infraction dont l'objet et le moyen de commission est immatériel.

La cour de cassation a tranché : consulter une image pédophile n'est pas la détenir, 21 Mars 2005, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1056>, (consulté le 23 sept. 2009). Voir : C.cass.crim., 18 juin 2003, préc., note 832; C.cass.crim., 9 juin 1999, préc., note 1052; CA Paris, 13 fév. 2007, préc., note 316 (recel de bien provenant de la corruption d'un mineur de 15 ans) ; C.cass.crim., 11 sept. 2007, Juris-Data n°07-82018, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 30.

¹¹⁸³ CA Douai, 26 sept. 2002, Juris-Data n°02/00787, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>, (consulté le 23 sept. 2009); CA Paris, 6 fév. 2001, préc., note 797; CA Montpellier, 10 fév. 2004, préc., note 1052 (recel requalifié en infraction de détention selon l'art. 227-23, al.5 C.pén.); C.cass.crim., 18 juin 2003, préc., note 832; CA Paris, 28 mai 2004, Juris-Data n°04/00045, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>, (consulté le 23 sept. 2009); CA Montpellier, 26 oct. 2004, préc., note 813; C.cass.crim., 11 mai 2005, préc., note 1089; C.cass.crim., 28 sept. 2005, préc., note 798; CA D'Aix-en-provence, 30 nov. 2005, Juris-Data n°902/J/2005, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹¹⁸⁴ Raymond GUILLIEN et Jean VINCENT (dir.), *Termes juridiques*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1995, p. 313.

¹¹⁸⁵ E. DREYER, préc., note 311, p. 432. Toutefois, le droit, notamment en droit du commerce, reconnaît la clientèle comme une « chose », afin de pouvoir la transmettre lors de la cession du fonds de commerce. (Voir : *Code de commerce*, art. L142-2; C.cass., 1^{ère} ch., 7 nov. 2000, n°98-17731, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009) (clientèle civile)).

¹¹⁸⁶ Voir : TGI Le Mans, ch. corr., 16 fév. 1998, préc., note 810.

¹¹⁸⁷ E. DREYER, préc., note 311, p. 433.

¹¹⁸⁸ C.cass. crim., 9 juin 1999, préc., note 1052.

¹¹⁸⁹ G. ROUJOU de BOUBÉE, T. GARÉ et C. MASCALA, préc., note 1181, p.2991. En outre, les auteurs font une rétrospective de l'infraction de recel.

¹¹⁹⁰ C.cass.crim., 28 sept. 2005, préc., note 798.

Une fois qu'il est admis que l'image est une chose, pour caractériser l'infraction de recel, il faut réunir l'élément matériel (« *actus reus* ») à savoir dissimuler, détenir, ou transmettre une chose provenant d'un crime ou d'un délit¹¹⁹¹, et l'élément intentionnel (« *mens rea* ») à savoir connaître l'origine frauduleuse des objets recelés¹¹⁹². Or, l'alinéa 2 de l'article 321-1 C.pén., qui prévoit « le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit », serait plus judicieux pour réprimer les consommateurs ou les détenteurs de pédopornographie. En effet, il est plus simple de prouver qu'ils jouissent du produit d'une infraction à savoir, celle prévue par l'article 227-23 du C.pén., que de prouver que l'image informatique détenue représente une chose telle que définie par la loi¹¹⁹³. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que la pédopornographie réelle est souvent le résultat d'une autre infraction qui est en train d'être commise ou, qui a été commise à l'encontre d'un mineur n'ayant pas la majorité sexuelle. Il s'agit donc, selon les faits, soit d'un recel-détention, soit d'un recel-profit¹¹⁹⁴. Dans tous les cas, l'infraction de détention ou de possession de pédopornographie « traduit l'intention claire et nette de protéger les enfants contre les sévices et l'exploitation liés à la pornographie juvénile »¹¹⁹⁵.

Désormais avec l'alinéa 5 de l'article 227-23 du C.pén., le juge peut sanctionner toute personne qui détient une image ou une représentation à caractère pornographique d'un mineur sans forcément recourir à l'infraction de recel, plus restreinte¹¹⁹⁶. Autrement dit, le simple fait de posséder ou de détenir suffit à caractériser l'infraction. C'est d'ailleurs le cas pour le droit criminel canadien. La Cour suprême du Canada a été amenée à se prononcer sur cet acte de « possession » dans un arrêt célèbre, l'affaire *R. c. Sharpe*¹¹⁹⁷. C'est ainsi que le fait de posséder est constitué dès que la chose est fixée sur un support matériel et qu'il représente un comportement sexuellement explicite d'une personne mineure.

¹¹⁹¹ C.cass.crim, 6 fév. 1997, *Bull.crim.*, n°48; *Gaz.Pal.*1997.1.229 : « Le recel n'est constitué que si les choses détenues proviennent d'une action qualifiée crime ou délit par la loi ».

¹¹⁹² C. cass. crim, 30 oct. 1978, *Bull.crim.*, n°291.

¹¹⁹³ E. DREYER, préc., note 311, p. 433.

¹¹⁹⁴ Voir : G. ROUJOU de BOUBÉE, T. GARÉ et C. MASCALA, préc., note 1181.

¹¹⁹⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 72.

¹¹⁹⁶ « Le délit de l'alinéa 4 de l'article 227-23 est, en effet, un délit matériel constitué dès que l'intéressé est trouvé en possession de semblables objets sans être en mesure de justifier qu'ils ont été déposés « chez lui » par autrui (pour une condamnation à propos de matériel trouvé dans un système informatique dont le détenteur soutenait, sans le prouver, qu'il avait été introduit par un réparateur, CA Douai, 21 mars 2002, *Juris-Data* n°2002-177654) » (examen de corbeille) (*JURISCLASSEUR*, préc., note 1090, III. Délit de détention de matériel pornographique réalisé avec des mineurs (C.pén., art. 227-23, al. 4)).

¹¹⁹⁷ *R. c. Sharpe*, préc., note 30. La question posée aux juges était de savoir si l'interdiction de posséder de la pédopornographie prévue à l'art. 163.1 (4) était constitutionnelle. La réponse fut affirmative.

Toutefois, comme nous l'avons exposé dans notre première partie¹¹⁹⁸, il existe des exceptions dégagées par cet arrêt. En effet, il est possible de posséder pour son usage personnel, sans aucune intention de le diffuser, du matériel mettant en scène des mineurs, s'il a été créé en privé et ne représente pas une infraction à caractère sexuel puisque les adolescents ont la majorité sexuelle et qu'ils sont consentants¹¹⁹⁹. Le droit pénal français n'a pas dégagé d'exceptions de ce type et semble interdire toute détention de pédopornographie même pour un usage privé, malgré la présence de ces exceptions dans la *Décision-cadre européenne n°2004/68/JAI*¹²⁰⁰. Or, il n'en va pas exactement de même.

En effet, une précision doit être apportée en ce qui concerne la possession ou la détention privée de pédopornographie. Il s'agit de celle qui a été fabriquée ou produite par la personne elle-même et qu'elle conserve pour son usage personnel. L'article 163.1 du C.crim. incrimine toute possession qu'elle soit ou non privée¹²⁰¹, assortie en l'espèce de l'infraction de production. Elle ne distingue pas entre la possession privée et celle qui est diffusée, sauf pour les exceptions citées précédemment. Par contre, en droit français, ce n'est pas aussi clair. Pour certains auteurs¹²⁰², la détention privée de matériel pédopornographique ne semble pas être prise en compte par l'article 227-23 du C.pén. au motif que « la détention de matériel pornographique relève de l'idée de recel et où il est de tradition qu'on ne peut receler sur soi-même »¹²⁰³. Or, seule l'infraction de corruption de mineur prévue à l'article 227-22 du même code s'appliquerait dans ce cas, à savoir la fabrication de pornographie mettant en scène un mineur sans intention de la diffuser¹²⁰⁴. Le droit français, comme nous l'avons précédemment exposé¹²⁰⁵, fait du critère de diffusion une condition nécessaire et substantielle aux incriminations prévues à l'article 227-23. La

¹¹⁹⁸ *Supra*, p. 199.

¹¹⁹⁹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 75-77.

¹²⁰⁰ *Décision-cadre n°2004/68/JAI*, préc., note 87, art. 3 (2).

¹²⁰¹ « Le seul fait de posséder un document pornographique mettant en cause des enfants constitue une infraction même si son propriétaire n'a aucune intention de le vendre ou de le distribuer de façon commerciale » (GOUVERNEMENT DU CANADA, *Guide relatif à la réponse du Gouvernement fédéral aux Rapports sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et sur la pornographie et la prostitution*, préc., note 365, p. 31)

¹²⁰² É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 65; É. WÉRY, *La cour de cassation a tranché : consulter une image pédophile n'est pas la détenir*, préc., note 1182. JURISCLASSEUR, préc., note 1090, III. Délit de détention de matériel pornographique réalisé avec des mineurs (C.pén., art. 227-23, al.4)

¹²⁰³ *Id.*, JURISCLASSEUR.

¹²⁰⁴ *Id.* : « celui qui réalise du matériel pornographique avec des enfants sans but de diffusion n'est pas coupable du délit de l'article 227-23 (mais il l'est de corruption de mineur) ».

¹²⁰⁵ *Supra*, p. 227.

jurisprudence manque de clarté à ce sujet puisqu'elle associe le plus souvent l'infraction de détention avec celle de diffusion¹²⁰⁶ sans pour autant savoir s'il s'agit d'un critère indispensable ou non à la qualification des faits. Par conséquent, cette infraction associée à celle de diffusion est inévitablement réprimée. Par contre, les choses se compliquent lorsqu'il y a détention sans diffusion même si l'article 227-23 du C.pén. est très clair. Dans ce cas, il semblerait que la diffusion ne soit pas obligatoire pour caractériser les faits même si les juges vont essayer d'y faire référence en arguant le fait qu'il existe un certain risque d'une diffusion sur Internet¹²⁰⁷. Mais, celle-ci n'est pas systématique. En effet, la Cour d'appel de Pau a retenu, dans un arrêt du 17 mars 2005, le délit de détention de pédopornographie, même si le prévenu n'avait aucune intention de diffuser ni de faire le commerce de ces images¹²⁰⁸. Désormais, grâce à la *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*¹²⁰⁹, le texte de l'article 227-23 du C.pén. permet d'incriminer les consommateurs de pédopornographie, même s'ils ne décident pas de la diffuser. De ce fait, l'infraction de détention est autonome, indépendante des premiers alinéas de l'article 227-23. Celle-ci prend donc de l'autonomie par rapport à celle de recel¹²¹⁰. Le critère de diffusion devient alors secondaire et non principal. Ceci s'inscrit dans l'optique du droit canadien qui incrimine toute possession à partir du moment où elle représente une scène à caractère sexuel avec un mineur.

¹²⁰⁶ A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 31 : « Mais le plus souvent il est reproché au prévenu d'avoir non seulement détenu, mais encore diffusé les images décrites par l'article 227-23 ». Par exemple (détention et diffusion) : C.cass.crim., 6 août 2008, Juris-Data n°08-83490, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass.crim., 4 juin 2008, Juris-Data n°08-81045, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass.crim., 11 sept. 2007, préc., note 1182; C.cass.crim., 7 fév. 2007, *Comm.com.électr.* sept. 2007, n°9, comm. 113, A. LEPAGE; Juris-Data n° 06-87753, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); C.cass.crim., 29 mars 2006, préc., note 1093, p. 260. Voir : A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 31 à 33 ; C.cass.crim., 9 nov. 2004, n°04-82.199, *RLDI* 2005/3, n°101, p.38, obs.L.Costes.

¹²⁰⁷ CA Douai, 2 mai 2007, Juris-Data n°06/03680 : « Ces éléments démontrent indiscutablement le caractère volontaire, déterminé, en pleine connaissance de leur contenu, de la détention des images que Hugo B. a envoyées le 2 mars 2003, en sachant pertinemment les risques qu'il avait de se retrouver en situation d'échanges de tels fichiers en se connectant à IRC ».

¹²⁰⁸ CA Pau, ch.corr., 17 mars 2005, *PP c. Min.public*, n°04/00683, Juris-Data n°273677; *RLDI* 2005/11, n°299, p.38; C. FÉRAL-SCHUHL, préc., note 376, p. 641.

¹²⁰⁹ *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464.

¹²¹⁰ C.cass.crim., 5 janv. 2005, *Ministère public c. Jean Luc B., A.J. pénal*, somm.juris., p. 241-242, obs. G. ROUSSEL, Dalloz, juin 2005, n°61; *Bull.crim.*, 2005, n°9 (1), p.26; D.2005, IR p.437; *Rev.sc.crim.*2005, p.304, obs. Y.Mayaud; en ligne : <http://www.droit-technologie.org/4_1.asp?jurisprudence_id=181>, (consulté le 23 sept. 2009).

Dans tous les cas, le réseau Internet pose certaines difficultés quant au sens à entendre par « possession » ou « détention » notamment lorsque le matériel pédopornographique n'est pas véritablement enregistré sur le disque dur ou dans un dossier, voire mis sur un autre support comme une disquette ou un Cédérom. Surtout que, dans plusieurs cas, la possession ou la détention n'est pas simple dans le sens où elle est souvent accompagnée par l'infraction de distribution, de diffusion ou de production¹²¹¹. Autrement dit, il y a bien une volonté de la part des utilisateurs de pédopornographie de créer des réseaux permettant l'échange de ce type d'images ou de représentations pornographiques de mineurs.

2) L'élément moral : les critères de consentement, de contrôle et de connaissance

Pour que l'infraction de possession ou de détention soit qualifiée, il faut réunir l'élément matériel et l'élément moral. Pour prouver ce dernier, il faut partir de l'idée que toute commission de crime suppose une intention préalable de la part de l'auteur de parvenir à un résultat réprimé par la loi. Cela « suppose que soit établi un dol général lequel correspond, en l'espèce, à la conscience et à la volonté de détenir (...) [ou de posséder de la pédopornographie], peu important leur origine »¹²¹². Pour ce faire, la jurisprudence canadienne a recouru à « l'astigmate des trois C à savoir : connaissance, consentement et contrôle »¹²¹³ qui rejoint l'intention dégagée par le droit pénal français. C'est ainsi que, dès que l'élément intentionnel est caractérisé, la preuve de la possession est faite¹²¹⁴. Or, avec les ordinateurs ou autres supports informatiques, il est facile de conserver des documents par différents moyens qui peuvent poser des problèmes de qualification, mais surtout de preuve. En effet, celle-ci est devenue circonstancielle pour pouvoir s'adapter aux nouvelles

¹²¹¹ Par exemple : distribution et possession : *R. c. R.R.*, préc., note 801; *R. c. Luc Tremblay*, 2004, préc., note 840; *R. c. D.B.*, 2005 QCCA 8; *R. c. D. B.*, 2004, préc., note 715; possession et production : *R. c. J.G.*, préc., note 840; *R. c. M.L.*, [2005] R.J.Q. 3111; J.E. 2005-2178; *R. c. Roger Martin*, préc., note 799; *Lévesque c. La Reine*, [2004] J.Q. no 10275; J.E. 2004-1948 (QC C.A.); *R. c. J.R.C.*, [1994] O.J. No. 3951 (C.J. Ont.); possession et importation: *R. v. Daniels*, [1997] N.J. No. 242 (Nfld.Sup.Ct.)Q.L.; *R. c. Robert Chassé*, préc., note 816; *R. c. Lucas*, 2002 CanLII 7726 (QC C.Q.); B.E. 2002BE-653; AZ-50137416 (C.Q.); possession et accès: *R. c.*, [2005] O.J. No 5637. (Ont. Ct of J.) Q.L.; possession, distribution et production : *R. c. M.P.*, préc., note 715; *R. c. L.M.*, 2005, préc., note 814; *R. c. M. P.*, 2004 IIJCan 32198 (QC C.Q.); *X, Re*, 2003 CanLII 10003 (QC C.Q.); *R. v. Evans*, [1999], préc., note 824.

¹²¹² C.cass.crim., 29 nov. 2006, Juris-Data n°06-80664, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹²¹³ *R. c. Gilles Tremblay*, 2001 IIJCan 10360; J.E. 2001-1459 (QC C.Q.) § 68.

¹²¹⁴ *R. c. Vincent Tremblay*, 2003 IIJCan 30621 (QC C.Q.), § 13 : « L'infraction criminelle comportant possession implique que preuve est faite hors de tout doute raisonnable de l'*actus reus* et de la *mens rea*. La possession est un élément de l'*actus reus* mais aussi de la *mens rea* » (italiques tels que dans le texte initial).

technologies de l'information (a). Toutefois, la technologie donne la possibilité d'enregistrer, sans qu'aucune volonté du consommateur soit présente, du matériel pédopornographique sur un ordinateur, par exemple lorsqu'il effectue une simple consultation de sites électroniques. Dans ce cas, se pose le problème de savoir s'il y a ou non possession ou détention en l'espèce. Selon les juges canadiens comme français, l'infraction ne serait pas caractérisée, puisque l'élément moral ferait défaut (b).

a) La preuve de l'intention de posséder ou de détenir

Selon la théorie des trois « C », « [l']intention subjective de possession de matériel prohibé comporte que l'accusé a la connaissance du contenu du matériel détenu, qu'il exerce à son égard un certain contrôle et qu'il le fait avec consentement »¹²¹⁵. Or, dans certains cas, il est délicat de déterminer si oui ou non la personne a eu véritablement connaissance du contenu, exercé un contrôle et donné son consentement en ce qui concerne la présence de pédopornographie dans son ordinateur¹²¹⁶. D'ailleurs, « le fait qu'il soit le propriétaire de l'appareil n'entraîne pas nécessairement sa culpabilité sous le chef de possession de matériel de pornographie juvénile »¹²¹⁷. Pour cela, il faut un acte volontaire de la part de la personne d'enregistrer et de conserver sur un support matériel tel qu'un disque dur¹²¹⁸, mais également, le fait de télécharger des images¹²¹⁹, de les manipuler et les classer dans un

¹²¹⁵ *Id.*, § 15; *R. c. Beaver*, [1957] R.C.S. 531, p. 541 (sur la connaissance); *R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357, 1983 CanLII 51, p. 364 (sur le contrôle); *R. c. Lévesque*, 2004 IIJCan 32988 (QC C.A.), § 9 : « Selon l'article 163.1(4)a) C.cr., pour que l'infraction reprochée soit commise, l'intimée doit prouver hors de tout doute raisonnable d'une part, que l'accusé savait qu'il avait des biens illicites ou qu'il s'aveuglait volontairement à ce sujet et, d'autre part, qu'il exerçait un certain contrôle sur ceux-ci ».

¹²¹⁶ « En effet, le Tribunal est d'avis qu'en matière de possession d'éléments interdits sur ordinateur, il y a leur d'être prudent. Il y a effectivement plusieurs mécanismes par lesquels un individu peut recevoir des pourriels ou encore des fichiers indésirables par des protocoles de transfert de fichiers ».

¹²¹⁷ *R. c. Therrien*, 2008 QCCQ 9175; J.E. 2008-2085; AZ-50517586 (C.Q.).

¹²¹⁸ Par exemple : C.cass.crim., 28 sept. 2005, préc., note 798; *R. c. Vincent Tremblay*, 2003, préc., note 1214.

¹²¹⁹ Par exemple : *R. c. Gilles Tremblay*, 2001, préc., note 1213 : « le téléchargement dans l'ordinateur de l'accusé était volontaire et non pas le fait du hasard. Le simple fait de naviguer sur Internet ne peut permettre que ce genre de matériel soit téléchargé sans geste volontaire. Le genre de photos, leur nombre, leur répétition ainsi que les techniques employées sont des indices sûrs et probants »; § 66 : « que la récolte des photos et d'images ne peuvent être seulement le fruit du fait de naviguer sur Internet. Le résultat obtenu laisse voir une seule explication : il fallait un acte volontaire pour obtenir ces images. Le genre de photos et d'images, le nombre de photos et d'images et leur répétition ainsi que les techniques employées sont des indices sûrs et très probants. L'allégation d'interception au hasard par la défense ne peut tenir devant l'ensemble des faits »; CA Montpellier, 26 oct. 2004, préc., note 813 : « Il admettait s'être connecté occasionnellement sur des sites pornographiques, avoir enregistré des images notamment dans les fichiers « M » et « moi3 tif » »; C.cass.crim., 9 nov. 2004, préc., note 1206.

fichier électronique¹²²⁰, voire de les commander¹²²¹. Autrement dit, pour que l'infraction de possession soit caractérisée, la personne doit avoir conservé, en connaissance de cause et hors de tout doute raisonnable, les documents répréhensibles puisqu'ils représentaient, pour elle¹²²², de la pédopornographie. C'est pour cela que les circonstances qui entourent la possession sont toutes aussi importantes pour qualifier l'infraction et ainsi remplir l'élément moral¹²²³.

La possession ou la détention est donc retenue par les juges lorsqu'il y a, de la part du prévenu, un classement des photographies, un certain rangement ou une organisation, voire un déplacement de fichiers qui caractérisent inévitablement la connaissance et le contrôle des images illégales. En effet, ces différents agissements démontrent la connaissance des faits et va donc au-delà de la simple curiosité, négligence ou maladresse¹²²⁴. Il en va également de même lorsque la personne poursuivie fait preuve d'aveuglement volontaire ou d'ignorance volontaire¹²²⁵ en se fermant délibérément les yeux sur le matériel prohibé notamment en décidant de ne pas le visualiser alors qu'elle a connaissance de la nature du matériel¹²²⁶. Cette infraction pourrait également être sanctionnée en droit français puisque

¹²²⁰ Par exemple : *Id.*, CA Montpellier, 26 oct. 2004 : « Ces rangements avaient d'ailleurs été régulièrement et soigneusement complétés au fur et à mesure du recueil des images » et « classées en fonction de leurs caractéristiques »; CA Douai, 21 mars 2002, J.C.P. 2003.IV.1040. En l'espèce, un individu a téléchargé des images de sites pornographiques sur Internet et consulté des sites de cette nature puisque des cookies avaient été découverts sur le disque dur de l'ordinateur. C'est ainsi que la connexion aux sites était nécessairement délibérée et le prévenu avait, par ailleurs, conservé volontairement certaines images litigieuses pour les stockées dans des fichiers de manière organisée. Voir : CA Douai, 26 sept. 2002, préc., note 1183 (téléchargement d'images sur Internet et classement dans divers répertoires et sous répertoires créés à cet effet); R. c. *Garneau*, préc., note 1171 (« L'accusé copiait les images et vidéos sur support magnétique et les classait minutieusement, en les identifiant par des titres »); R. c. *Beaulieu*, 2007 QCCQ 10487 (CanLII).

¹²²¹ Par exemple : CA Paris, 6 fév. 2001, préc., note 797 (commande de cassettes par minitel-rose).

¹²²² En effet, le titre évocateur des fichiers suffit à caractériser que la personne cherchait à télécharger de la pédopornographie. Voir : CA Douai, 2 mai 2007, préc., note 1207.

¹²²³ *Lévesque c. R.*, préc., note 1211 ; R. c. *Lévesque*, 2004, préc., note 1220, § 10 et 11 : « La possession n'a pas à être prouvée par une preuve directe. Elle peut l'être par une preuve circonstancielle (R. c. *Charenski*, 1998 IIJCan 819 (C.S.C.), [1998] 1 R.C.S. 679; R. c. *Andersen*, [1995] 29 WCBJ (2^d) 357; R. c. *Aiello*, [1978] 38 C.C.C. (3^d) 485; [1979] 2 R.C.S. 15). Il est en preuve que les images de pornographie infantile retrouvées dans le sous-répertoire de l'ordinateur de l'appelant ont nécessairement été visionnées par quelqu'un. Ces photos ont en outre été méticuleusement classées en 12 sous-répertoires différents correspondant à des types précis d'activités sexuelles ». Voir : R. c. *D. O.*, préc., note 1140; R. c. *Vincent Tremblay*, 2003, préc., note 1214, § 19.

¹²²⁴ Voir : CA Montpellier, 26 oct. 2004, préc., note 813; CA Montpellier, 10 fév. 2004, préc., note 1052.

¹²²⁵ R. c. *Tremblay*, 2003, préc., note 830, § 10 : « En l'espèce, le Tribunal peut certainement comprendre les suspicions de la probation à cet égard puisque l'accusé avait volontairement fait de l'aveuglement volontaire sur le fait qu'il existait sur son fichier accessible au public un tel matériel ».

¹²²⁶ R. c. *Vincent Tremblay*, 2003, préc., note 1214, § 19 et 20; R. v. *Weir*, [1998] A.J. No. 155 (Alta. Ct of Q.B.), p. 23-24; R. c. *Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 1995 IIJCan 85 (C.S.C.), p. 57: « la visualisation ne constitue pas un élément obligatoire pour établir la possession ».

l'élément moral serait rempli dans le sens où il a connaissance de la prohibition du matériel possédé. La détention est donc caractérisée puisqu'elle reste répétée et habituelle, même s'il l'ignore du fait que le matériel est enregistré sur un support ou imprimé¹²²⁷.

b) L'absence de possession en cas de simple consultation

La simple consultation de pédopornographie sur Internet peut poser certaines difficultés puisqu'un ordinateur peut garder en mémoire certaines informations à notre insu notamment dans les fichiers temporaires. Or, selon le droit français, mais également le droit canadien, elle ne constitue pas une possession ou une détention puisque les éléments constitutifs de l'infraction ne sont pas remplis. En effet, à aucun moment la personne ne montre l'intention de conserver les images litigieuses. C'est pour cette raison que la Cour de cassation dans un arrêt du 5 janvier 2005, confirmé par un autre du 28 septembre 2005¹²²⁸, a décidé que

« [a]ttendu que (...) les juges retiennent que les images observées n'ont été ni imprimées ni enregistrées sur un support et que la simple consultation de sites pornographiques mettant en scène des mineurs ne suffit pas à caractériser le délit prévu par l'article 227-23, alinéa 4, du Code pénal. »¹²²⁹

Par conséquent, la consultation d'un site électronique contenant de la pédopornographie ne permet pas de qualifier l'infraction de détention¹²³⁰ ni la tentative de détention¹²³¹. Il faut l'intention de détenir la chose, à savoir en l'espèce des images à caractère sexuel mettant en scène des mineurs, pour caractériser l'infraction. La création de fichiers temporaires ne rentre donc pas dans le champ d'application de l'incrimination, l'élément intentionnel faisant défaut. En effet, ces fichiers s'enregistrent de manière automatique sur l'ordinateur

¹²²⁷ *Contra* : C.cass.crim., 5 janv. 2005, préc., note 1210.

¹²²⁸ *Id.*

¹²²⁹ *Id.* : En l'espèce, il s'agit d'une personne qui s'est connectée à des sites contenant de la pornographie juvénile à l'aide d'un ordinateur mis à la disposition du public par une commune. Les sites consultés ont été enregistrés dans la mémoire temporaire de l'ordinateur. Le ministère public a alors poursuivi le défendeur sur le fondement de l'art. 227-23, al. 4 C.pén. pour détention d'images de mineurs à caractère pornographique.

¹²³⁰ É. WÉRY, *La cour de cassation a tranché : consulter une image pédophile n'est pas la détenir*, préc., note 1182.

¹²³¹ Par exemple : CA Lyon, 4ème ch., 01 avril 2004, *Ministère public c. Jean Luc B* : « Attendu que si la loi incrimine « le fait de détenir » de telles images, il ne résulte pas de la procédure que le prévenu ait détenu des images de mineurs à caractère pornographique ; que par ailleurs, la loi ne vise ni la tentative de détention, Jean Luc B. ayant vainement tenté de fixer ou d'enregistrer de telles images, ni la simple consultation de sites pornographiques mettant en scène des mineurs ».

sans aucun acte volontaire de la part de la personne. De ce fait, les éléments constitutifs de l'infraction de détention ou de possession ne peuvent être remplis. C'est ainsi que

« le seul fait d'ouvrir un fichier obtenu par courrier électronique ou par un support informatique et de procéder à le supprimer ne constitue pas un élément de possession. De même, la manipulation de fichiers en bloc pour libérer de l'espace sur un support informatique et transférer en bloc ces fichiers sur un autre support informatique ne constitue pas nécessairement une possession. Il est toujours nécessaire d'évaluer, de façon concomitante, la connaissance de l'accusé à l'égard du matériel pour lequel il y a manipulation. »¹²³²

Par conséquent, les faits sont très importants afin d'établir s'il y a ou non une véritable intention de détenir ou de posséder le matériel prohibé. À défaut, l'infraction de recel peut être caractérisée puisque « en consultant des sites payants mettant en scène des mineurs, le prévenu a profité de la commission du délit de diffusion d'images pornographiques à caractère pédophile, prévu et réprimé par l'art. 227-23 C.pén., même s'il n'a pas téléchargé ces images »¹²³³. C'est ainsi que le simple fait de visionner le produit d'une infraction à plusieurs reprises, à savoir celle de diffusion de pédopornographie, suffit à qualifier l'infraction de recel¹²³⁴. Les « clients-consommateurs » de ces sites sont donc condamnés afin de produire un certain impact sur le marché de la pédopornographie. La protection du mineur devient, par conséquent, absolue en ce qui concerne cette infraction, même si celle relative à son exploitation sexuelle est moins sûre.

Le droit canadien, par contre, n'utilise pas l'infraction de recel pour incriminer les personnes qui consultent des sites comportant de la pédopornographie, même si elle pourrait tout à fait s'appliquer dans certains cas¹²³⁵. Le *Code criminel canadien*, dans son article 163.1 (4.1), a prévu des dispositions spécifiques¹²³⁶. En effet, il sanctionne le fait

¹²³² R. c. Vincent Tremblay, 2003, préc., note 1214, § 18.

¹²³³ CA Paris, 24 mars 2005, *A.J. pénal* 2006.39, obs. J. Segura, p. 39 et 40.

¹²³⁴ *Id.*, p. 40 : Certains juristes considèrent que le législateur français fait preuve de sévérité envers les personnes « passives » car en assimilant le simple regard au recel, l'analyse peut être considérée « comme une certaine dérive interprétative ». Or, en l'espèce, il s'agit du visionnage à onze reprises des images prohibées. Il y a donc d'une certaine manière détention volontaire du matériel même si l'ordinateur a téléchargé lui-même le matériel. Le prévenu savait inévitablement que l'ordinateur conservait ces images.

¹²³⁵ C.crim., art. 354 : « (1) Commet une infraction quiconque a en sa possession un bien, une chose ou leur produit sachant que tout ou partie d'entre eux ont été obtenus ou proviennent directement ou indirectement : a) soit de la perpétration, au Canada, d'une infraction punissable sur acte d'accusation; b) soit d'un acte ou d'une omission en quelque endroit que ce soit, qui aurait constitué, s'il avait eu lieu au Canada, une infraction punissable sur acte d'accusation ». Voir : art. 357 et 358 du même code.

¹²³⁶ Un nouveau projet de loi C-404, *Loi modifiant le Code criminel (défaut d'empêcher l'accès à de la pornographie juvénile)*, (dépôt et 1^{ère} lecture – 3 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.) souhaite insérer une nouvelle disposition à cet article à savoir : « (4.01) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile

d'accéder volontairement à des images ou représentations mettant en scène sexuellement des mineurs. Ce texte permet ainsi d'appréhender les individus qui décident d'avoir accès, de manière intentionnelle, à de la pédopornographie au moyen d'outils comme le réseau Internet qui, indéniablement, permet de consulter plus facilement ce type de matériel. Il s'agit notamment du cas où la personne paye une certaine somme d'argent à l'aide de sa carte de crédit pour accéder à ce matériel sur un site électronique¹²³⁷, mais également le simple fait de consulter des sites à caractère pédopornographique¹²³⁸. Toutefois,

« il y a une certaine confusion, lorsque le matériel pornographique juvénile est conservé sur fichier dans l'ordinateur. Il y a bel et bien possession mais en plus, il y a, dans certains cas, une infraction d'accès tel que décrite à l'article 163.1(4.1) du Code criminel. C'est-à-dire que l'accusé a sciemment, à plusieurs reprises, agi de manière à ce que de la pornographie juvénile lui soit transmise. Non seulement l'accusé a l'intention d'être en possession, mais en plus il a l'intention de faire les démarches nécessaires pour que du matériel lui soit transmis. Dès lors, la période de possession décrite dans l'infraction constitue souvent une indication de nombre d'accès. »¹²³⁹

En effet, dans de nombreux cas, pour posséder de la pédopornographie, il faut en premier lieu avoir accès à cette dernière par différents moyens comme le réseau Internet. Toutefois, l'infraction d'accès à la pédopornographie ne doit pas être confondue avec celle de possession car, même si elle entretient des liens évidents avec cette dernière, il n'en reste pas moins qu'elles sont différentes. Par conséquent, l'article 163.1 (4.1) du C.crim. permet de sanctionner le simple fait de consulter, donc d'accéder, à du matériel à caractère sexuel mettant en scène des mineurs, sans pour autant avoir l'intention de le posséder en le téléchargeant ou en l'imprimant¹²⁴⁰. La curiosité envers ce matériel devient donc répréhensible.

et soit permet à une autre personne d'y avoir accès par quelque moyen, soit omet de prendre des mesures raisonnables pour assurer sa conservation de façon à empêcher une autre personne d'y avoir accès, en tout ou en partie, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans, la peine minimale étant de trois ans ». Ces dispositions viendraient renforcer le dispositif de protection mis en place pour les mineurs. D'ailleurs, une certaine analogie peut être faite avec l'art. 227-24 C.pén. qui énonce que tout message à caractère violent ou pornographique ou portant atteinte gravement à la dignité humaine ne doit pas être susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.

¹²³⁷ R. c. *Garneau*, préc., note 1171; TGI Le Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810.

¹²³⁸ Voir : D. GOETZ et G. LAFRENIÈRE, préc., note 1140.

¹²³⁹ R. c. *Beaulieu*, préc., note 1220, § 52.

¹²⁴⁰ *Id.*, § 11 : « pour accéder à de la pornographie juvénile, il est nécessaire de dépasser le stade de la recherche que l'on effectue habituellement sur Yahoo ou Google. Très peu de matériel peut être obtenu via ces deux moteurs de recherche. Il faut connaître des personnes, des paramètres ou des mots-clés ».

B) L'éventualité d'un lien de causalité entre l'exploitation sexuelle des mineurs et la consommation de pédopornographie

La pédopornographie passive vient protéger l'image et les mœurs du mineur réel afin de mettre un terme aux troubles à l'ordre public. C'est pour cela que les infractions de possession ou de détention, de distribution, de diffusion et d'accès à du matériel à caractère sexuel mettant en scène des mineurs ont été érigées afin de lutter contre les réseaux de pédopornographie et indirectement contre l'exploitation sexuelle des moins de dix-huit ans. En effet, en réprimant la consommation de ce type de matériel, le but poursuivi est celui de supprimer ou du moins de diminuer la demande sur le marché, afin d'influencer la production et l'exploitation des enfants¹²⁴¹. Les législateurs canadiens et français partent ainsi du postulat que la consommation de pédopornographie et l'exploitation sexuelle des mineurs entretiennent un certain lien de causalité pour justifier les différentes infractions. Les juges canadiens, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, ont énoncé que la possession de pédopornographie entraînait de nombreux effets négatifs à l'encontre des enfants, comme

« (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions; (3) l'interdiction de la possession de cette forme de pornographie facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants; (4) la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes; (5) dans certains cas, de vrais enfants sont utilisés pour la produire. »¹²⁴²

Pour ces diverses raisons, le législateur a décidé de tenir responsable le simple consommateur en cas de possession de pédopornographie, mais également de transmettre « aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles

¹²⁴¹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 92 : « La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. Le lien entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants est très fort »; § 28 : « l'intérêt de la société à ce que les enfants soient protégés des maux liés à la possession de pornographie juvénile. Tout comme personne ne nie l'importance de la liberté d'expression, personne ne conteste non plus que la pornographie juvénile implique l'exploitation d'enfants. On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. » ; TGI du Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810 : « le prévenu a contribué à entretenir des réseaux pédophiliques ».

¹²⁴² *Id.*, *R. c. Sharpe*, § 86-93; *R. c. Tremblay*, 2003 IIJCan 11830 (QCC.Q.), §22; *R. c. Robert Chassé*, note 816, § 9; I. HARNOIS, préc., note 1013, p. 271 et 272.

de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels » »¹²⁴³.

Or, même encore de nos jours, aucune étude ne permet de faire un lien entre la pédopornographie et le passage à l'acte. Néanmoins, il est indéniable que cette infraction produit des effets préjudiciables aux mineurs, en premier lieu, au niveau de ses mœurs puis, en deuxième lieu, s'il est acteur de ce genre de matériel, au niveau physique puisqu'il subit des sévices sexuels¹²⁴⁴. Malgré un nombre impressionnant d'études sur le sujet afin de démontrer un quelconque lien direct entre la pédopornographie et l'exploitation sexuelle, aucune n'a été concluante puisqu'elles ont tendance, au contraire, à se contredire¹²⁴⁵. Toutefois,

« [e]n résumé, s'il n'y a pas de lien de cause à effet clairement établi entre consommation de matériel pornographique et agression sexuelle, en dépit de leurs divergences épistémologiques, les chercheurs s'entendent au moins sur un point: à long terme, l'impact de la pornographie présente un effet d'appétence et de minimisation de la violence dans la gradation de l'agir criminel. »¹²⁴⁶

Un lien de causalité peut être dégagé ou du moins fortement soupçonné. En effet, les différentes affaires relatives à la pédopornographie mettent en évidence une certaine corrélation entre, d'une part, la possession et d'autre part, le passage à l'acte sur un

¹²⁴³ R. c. *Sharpe*, préc., note 30, § 34.

¹²⁴⁴ « Le lien entre les sévices sexuels infligés aux enfants et la pornographie mettant en scène des enfants. Il existe un lien très important entre les deux. Il arrive très souvent qu'une personne étant en possession de matériel pornographique mettant en scène des enfants ait déjà fait subir des sévices sexuels à des enfants ou y soit disposée » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 14).

¹²⁴⁵ Il existe une absence de coordination entre les rapports sur l'impact entre la pornographie et le passage à l'acte (agressions sexuelles). En effet, la Commission Johnson de 1970 a déclaré qu'il n'y avait pas de lien, alors que la Commission Willians de 1979 en a conclu qu'un lien était possible, pour finalement décider en 1984 avec la Commission Meese qu'un lien clair existait entre la pornographie et le passage à l'acte. Voir : M. MARZANO, *La pornographie ou l'épuisement du désir*, préc., note 888, p. 244 et suiv.; F. FORTIN et J. ROY, préc., note 1030, p. 115-117.; ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Protection des enfants : présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 211, p. 3; CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851 (lien entre l'agression et l'exploitation sexuelles des mineurs et la production et la possession de pédopornographie); CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 14; L. Jill RETTINGER, *La relation entre la pornographie juvénile et les infractions sexuelles contre les enfants : une analyse documentaire*, ministère de la Justice Canada, mars 2000, en ligne : <<http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/rs/rep/rr00-5.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹²⁴⁶ P. BENSIMON, préc., note 229, p. 29 et 79.

mineur¹²⁴⁷. Il semblerait qu'il y aurait une certaine incitation à reproduire les images ou les représentations consommées le plus souvent sur Internet. Dans tous les cas, il y a une possibilité de préjudice ce qui suffit à justifier la prévention contre ce risque potentiel et ainsi protéger de manière efficace le mineur et surtout son image¹²⁴⁸. D'ailleurs, les juges de la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, ont estimé « que l'objectif de criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice soit causé aux enfants (...) constitue un objectif urgent et réel »¹²⁴⁹. Par conséquent, les législateurs canadiens et français souhaitent clairement montrer une certaine intransigeance à l'égard des utilisateurs de pédopornographie.

II. La création du délit de curiosité répétée

Le réseau Internet permet d'accéder à de la pédopornographie de différentes manières sans qu'il soit nécessaire de l'enregistrer ou de l'imprimer, ce qui constituerait l'infraction de possession ou de détention, ou de la fabriquer soi-même, incriminé par l'infraction de production ou de fabrication. Les consommateurs peuvent en effet seulement regarder des images ou des représentations à caractère sexuel mettant en scène des mineurs sans avoir la moindre intention de les posséder. Autrement dit, ils peuvent décider de visualiser ce matériel prohibé par curiosité, voire par fantasmes ou autres mobiles. Dans ce cas, comme nous l'avons signalé dans un développement précédent, il n'y a pas possession ou détention selon la loi et la jurisprudence¹²⁵⁰. Toutefois, les législateurs canadiens et français, pour suivre l'esprit de la loi relative à la pédopornographie, ont décidé de s'en prendre à toute

¹²⁴⁷ Par exemple : *R. c. Sharpe*, préc., note 30; *R. c. D. O.*, préc., note 1140; *R. c. Caza*, [1996] B.C.J. No 2066 (B.C.C.A.); *R. c. L.M.*, 2004 CanLII 45038 (QC C.Q.); AZ-50281593 (C.Q.); *R. c. L.M.*, 2005, préc., note 814; *R. v. Evans*, 2005, préc., note 1211; C.cass.crim., 6 août 2008, préc., note 1206; CA Paris, 12 fév. 1991, Juris-Data n°6279/90; CA Paris, 21 nov. 2006, n°06/01785, en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009) (« les faits sont graves, car en sa qualité, (...) [l'accusé, médecin psychiatre] ne pouvait ignorer qu'il pouvait par ses agissements provoquer chez ses interlocuteurs une excitation de nature à favoriser des passages à l'acte »). Voir : I. HARNOIS, préc., note 1013, p. 286 (l'affaire de Holly Jones à Toronto).

¹²⁴⁸ La pédopornographie « est de nature à inciter au passage à l'acte sexuel avec des enfants. il s'agit de protéger tant l'image que la personne de l'enfant car dans tous les cas, l'enfant est réduit à un objet sexuel » (I. WATTIER, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité », préc., note 958, p. 225); « la Cour suprême du Canada accepte qu'en matière de comportement humain et particulièrement lorsqu'il s'agit de protéger un groupe vulnérable, la preuve d'un certain risque ou d'une crainte raisonnée de préjudice puisse suffire à justifier des restrictions de la nature de l'interdiction de simple possession de pornographie juvénile » (I. HARNOIS, préc., note 1013, p. 283).

¹²⁴⁹ *Id.*, I. HARNOIS, p. 270; *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 82 et 193.

¹²⁵⁰ *Supra*, p. 255.

personne qui contribue, de près ou de loin, à l'expansion du marché de l'exploitation sexuelle des mineurs. En effet, les dispositions pénales ont été dégagées pour protéger le mineur sur le fondement de la moralité publique. C'est ainsi que pour supprimer la mauvaise image véhiculée par Internet, à savoir celle de considérer les personnes de moins de dix-huit ans comme des partenaires sexuels malgré la majorité sexuelle plus précoce, les législateurs canadiens et français ont créé de nouvelles infractions afin d'incriminer un plus grand nombre de comportements. Est alors devenue une infraction, d'une part, le fait de consulter de manière habituelle de la pédopornographie en droit français (A) et, d'autre part, en droit canadien, le fait d'accéder à cette forme de pornographie déjà traité dans un précédent développement¹²⁵¹ et le voyeurisme (B).

A) La consultation habituelle de pédopornographie

La consultation habituelle de pédopornographie est apparue avec la *Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*¹²⁵². Désormais, l'article 227-23, al. 5 du C.pén. incrimine « [l]e fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit ». Autrement dit, le simple fait de visualiser ou de regarder habituellement « un service de communication au public en ligne mettant à disposition des images ou représentations d'un mineur lorsque celles-ci présentent un caractère pornographique »¹²⁵³ constitue la nouvelle incrimination. Le droit a voulu s'adapter « à l'évolution des techniques de communication avec la généralisation d'Internet » en élargissant l'incrimination de détention à la consultation habituelle d'images pédopornographiques¹²⁵⁴.

La nouvelle infraction est donc caractérisée dès qu'il est prouvé que la personne a consulté de manière habituelle, donc répétée, du matériel pédopornographique. En d'autres termes,

¹²⁵¹ *Id.*

¹²⁵² *Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance*, préc., note 464.

¹²⁵³ FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *La consultation habituelle d'images pédopornographiques sanctionnée pénalement*, préc., note 465.

¹²⁵⁴ Valérie PECRESSE, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le Projet de loi, adopté par le Sénat, réformant la protection de l'enfance*, Assemblée Nationale, Douzième Législature, N° 3687, 13 fév. 2007, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3687.asp#P162_29270>, (consulté le 23 sept. 2009), art. 19.

l'élément « habituel » est indispensable pour qualifier l'incrimination. Pour la jurisprudence, les infractions d'habitude, comme en l'espèce, sont constatées dès la commission d'un second acte délictueux¹²⁵⁵. Une consultation accidentelle et unique est donc exclue du champ d'application¹²⁵⁶. Or, il peut arriver qu'un internaute, pourtant sans aucune curiosité ou volonté d'accéder à de la pédopornographie, se retrouve plus d'une fois en contact avec cette dernière sur son ordinateur et soit dans l'impossibilité de démontrer son absence d'intention délictuelle. Dans ce cas là, l'infraction de consultation habituelle sera-t-elle constituée sachant qu'il suffit de deux actes délictueux pour caractériser l'habitude? Les juges vont être contraints de faire preuve de prudence dans l'application de cette nouvelle incrimination qui peut s'avérer quelque peu arbitraire, voire dangereuse¹²⁵⁷. En effet, ne faudrait-il pas caractériser l'habitude de manière moins large en allant au-delà de la simple commission de deux infractions?

Sont donc répréhensibles les cas où les images prohibées sont enregistrées dans les fichiers temporaires ou dans un fichier qui permet l'enregistrement automatique dans l'ordinateur et que le consommateur, en connaissance de cause, consulte de façon régulière alors qu'il ne les a pas volontairement enregistrées sur un support matériel¹²⁵⁸. Tel est le cas de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 5 janvier 2005¹²⁵⁹ où il a été prouvé que le matériel incriminé a été consulté plusieurs fois et que le prévenu savait qu'il pouvait le consulter à tout moment puisqu'il était enregistré dans l'ordinateur. L'habitude, dans ce cas, est clairement caractérisée. Cette infraction va permettre d'incriminer un plus large panel de consommateurs de pédopornographie, mais également augmenter les atteintes aux libertés individuelles de chacun.

¹²⁵⁵ Voir : C.cass.crim., 19 mars 2008, Juris-Data n°07-85054 (pour complicité d'exercice illégal de la profession de banquier); C.cass.crim., 17 janv. 1963, Juris-Data n°62-91286 (proxénétisme)

¹²⁵⁶ FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *La consultation habituelle d'images pédopornographiques sanctionnée pénalement*, préc., note 465, p. 2; A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 6; Catherine FRUTEAU, « Pédopornographie et communications électroniques: la protection du mineur renforcée par les lois du 5 mars 2007 », (déc. 2007) 247 *Légipresse*, comm. et opinions, p. 174.

¹²⁵⁷ Voir : *Id.*, C. FRUTEAU.

¹²⁵⁸ Voir : CA Lyon, 01 avril 2004, préc., note 1231.

¹²⁵⁹ C.cass.crim., 5 janv. 2005, préc., note 1210.

B) La création de l'infraction de voyeurisme

Le droit canadien, quant à lui, préfère incriminer le voyeurisme à l'article 162 du C.crim. inséré par le *Projet de Loi C-2 modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*¹²⁶⁰. Il a, par ailleurs, introduit certaines des dispositions de l'article 163.1 du même code relatif à la pédopornographie¹²⁶¹. En effet, « [c]ommet une infraction quiconque, subrepticement, observe, notamment par des moyens mécaniques ou électroniques, une personne — ou produit un enregistrement visuel d'une personne — se trouvant dans des circonstances pour lesquelles il existe une attente raisonnable de protection en matière de vie privée »¹²⁶². Autrement dit, il est interdit de regarder de manière cachée, furtivement, une personne ou d'avoir un enregistrement visuel de cette dernière ou d'une autre dans « un but sexuel »¹²⁶³ alors qu'elle s'attend à une certaine intimité¹²⁶⁴, à savoir qu'elle se trouve nue ou qu'elle est, « au moment des faits, en train de se livrer à une activité sexuelle »¹²⁶⁵. Par conséquent, le législateur canadien a voulu s'adapter aux progrès technologiques en prenant en compte les facilités de diffusion et d'enregistrement apportées « par exemple, par les caméras Web, capables de transmettre des images en direct sur Internet » et de manière instantanée¹²⁶⁶. Cette nouvelle incrimination est donc considérée « à la fois comme une infraction sexuelle et comme une atteinte à la vie privée »¹²⁶⁷. Par contre, il en va différemment pour le droit français qui ne se préoccupe que de l'atteinte à la vie privée aux articles 226-1 et 226-2 du

¹²⁶⁰ *Projet de Loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'Autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 13 oct. 2004.

¹²⁶¹ Voir : SÉNAT, *Le Code criminel – La loi sur la preuve au Canada, Projet de loi modificatif – deuxième lecture*, préc., note 111, p. 1528-1532; CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à la modification du Code criminel (Projet de loi C-2)*, préc., note 212; CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242.

¹²⁶² C.crim., art. 162.1.

¹²⁶³ C.crim., art. 162.1 : « c) l'observation ou l'enregistrement est fait dans un but sexuel ».

¹²⁶⁴ C.crim., art. 162.1 : « a) la personne est dans un lieu où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'une personne soit nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite; b) la personne est nue, expose ses seins, ses organes génitaux ou sa région anale ou se livre à une activité sexuelle explicite, et l'observation ou l'enregistrement est fait dans le dessein d'ainsi observer ou enregistrer une personne ».

¹²⁶⁵ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Voyeurisme : Une infraction criminelle*, Document de consultation, 2002, en ligne : <<http://www.canada.justice.gc.ca/fr/cons/voy/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 11.

¹²⁶⁶ *Id.*, p. 1.

¹²⁶⁷ R. MACKAY, préc., note 209, p. 5; Lise I. BEAUDOIN, « Nouvelles infractions de voyeurisme » (2003) 35 *J.duB.* n°18; MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Voyeurisme : Une infraction criminelle*, préc., note 1265, p. 6-9.

C.pén.¹²⁶⁸. Pour le droit canadien, il s'agit d'une infraction sexuelle en raison de l'objet de l'acte, par exemple l'excitation sexuelle du voyeur, ou de la nature du sujet observé en raison de l'observation ou l'enregistrement des organes sexuels de la victime ou celui de la victime au moment où elle se livre à une activité sexuelle explicite. Il s'agit également d'une atteinte à la vie privée puisque l'individu observe subrepticement et/ou enregistre une personne se trouvant dans un endroit intime à l'abri, en principe, des regards extérieurs.

Cette infraction de voyeurisme vient, en outre, compléter l'infraction de pédopornographie, qui n'est que du voyeurisme à l'égard des mineurs dans certains de ces aspects, puisqu'elle s'applique à toute personne peu importe son âge. En effet, par le biais de cette infraction, il est possible de produire de la pédopornographie.

L'article 163 du C.crim. contient un alinéa 4 qui sanctionne

« quiconque imprime, copie, publie, distribue, met en circulation, vend ou rend accessible un enregistrement ou en fait la publicité, ou l'a en sa possession en vue de l'imprimer, de le copier, de le publier, de le distribuer, de le mettre en circulation, de le vendre, de le rendre accessible ou d'en faire la publicité, sachant qu'il a été obtenu par la perpétration de l'infraction prévue au paragraphe. »

Autrement dit, est répréhensible le fait par exemple d'imprimer ou de publier, donc de diffuser, du matériel obtenu grâce au voyeurisme tel que décrit précédemment. Par conséquent, le législateur canadien a créé deux infractions, à savoir une principale de voyeurisme et une autre secondaire qui criminalise la distribution de représentations visuelles obtenues par le biais du voyeurisme. Là encore, ces dispositions viennent compléter celles relatives à la pédopornographie, notamment celle qui circule sur le réseau Internet, puisqu'elle permet de prévenir l'exploitation sexuelle des personnes sans tenir compte de l'âge. Toutefois, ce texte ne permet pas de sanctionner « les activités des

¹²⁶⁸ C.pén., art. 226-1: « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. Lorsque les actes mentionnés au présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé »; art. 226-2 : « Est puni des mêmes peines le fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit tout enregistrement ou document obtenu à l'aide de l'un des actes prévus par l'article 226-1. Lorsque le délit prévu par l'alinéa précédent est commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables ».

personnes qui consomment des images voyeuristes »¹²⁶⁹. Il s'agit donc de lutter contre ceux qui alimentent le marché des images relatives à l'exploitation sexuelle.

La pédopornographie réelle représente une infraction classique. Celle-ci a deux buts différents. Le premier est la protection de la personne du mineur en tant que tel. En effet, cette infraction est le résultat d'une agression ou d'un abus sexuel à l'encontre d'une personne mineure réelle qui est souvent exploitée sexuellement. Le second, en revanche, se préoccupe plus de la protection de son « image », puisque le législateur veut faire passer le message que les mineurs ne sont pas des partenaires sexuels, malgré une majorité sexuelle plus précoce que la majorité civile. Pour ce faire, les législateurs canadien et français ont décidé de sanctionner les consommateurs de pédopornographie, afin d'influencer le marché et ainsi limiter indirectement l'exploitation sexuelle des personnes mineures. C'est ainsi qu'ils ont érigé en infraction le fait de rentrer en contact avec un mineur *via* Internet dans le but d'avoir des relations sexuelles avec celui-ci¹²⁷⁰. Néanmoins, « [i]l ne fait pas de doute que le crime de possession en est un sérieux. Il faut toutefois se garder de le confondre avec les crimes de production et de distribution, lesquels entretiennent un rapport encore plus étroit avec le mal que le législateur cherche à éradiquer, en l'occurrence l'exploitation éhontée des enfants »¹²⁷¹. Par conséquent, les nouvelles technologies ont apporté, en plus d'une facilité de communication et de création, le développement de comportements dangereux pour les mineurs.

Les législateurs canadiens et français ont adopté une ligne de conduite assez similaire, malgré des formulations différentes. La pédopornographie réelle, qui est donc la mise en scène sexuellement d'un mineur réel, est pourvue d'un champ d'application relativement large. Néanmoins, il semblerait que l'aspect moral représente un enjeu non négligeable dans cette infraction, puisque le législateur paraît se préoccuper plus particulièrement de « l'image » de la personne mineure que de sa protection physique. D'ailleurs, le fait d'incriminer la « pédopornographie virtuelle » vient conforter l'idée que « l'image » du mineur est centrale dans cette infraction.

¹²⁶⁹ MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Voyeurisme : Une infraction criminelle*, préc., note 1265, p.11.

¹²⁷⁰ En droit français, il s'agit de l'art. 227-22-1 C.pén. relatif à l'interdiction de faire des propositions sexuelles à un mineur. En droit canadien, c'est l'art 172.1 C.crim. relatif à l'infraction de leurre.

¹²⁷¹ R. c. *Von Gunten*, J.E. 2006-572 (C.A.), § 14.

Chapitre 2: La nouvelle protection du mineur virtuel : la « pédopornographie virtuelle »

Contrairement à la pédopornographie réelle, la pédopornographie virtuelle n'utilise aucun mineur « en chair et en os ». En effet, nous sommes dans le cas où le mineur est irréal puisqu'il ne s'agit que de la représentation fictive d'une personne dont l'apparence est celle d'un moins de dix-huit ans en raison de ses caractéristiques physiques. Il a donc été totalement créé par l'imagination et le fantasme d'un individu au moyen d'un procédé mécanique, informatique ou électronique. Les dessins et les illustrations, contenus sur n'importe quel support, sont considérés comme de la pédopornographie virtuelle. Mais il en va également de même pour toutes les représentations créées pour évoluer sur le réseau Internet. D'ailleurs, en mentionnant expressément la pédopornographie virtuelle dans les textes de loi, les législateurs canadiens et français ont voulu faire référence à cette dernière plus spécialement¹²⁷². Autrement dit, ils ont voulu réglementer l'usage des avatars sur Internet¹²⁷³.

L'informatique n'est, par conséquent, qu'un moyen de création et de commission de l'infraction à la différence de la pédopornographie réelle. En effet, dans le cas de la pédopornographie virtuelle, les nouvelles technologies sont au cœur de l'infraction. Ceci prouve nécessairement que le droit s'est adapté à la technique en prenant en compte les dernières innovations, comme les images de synthèse, leurs manipulations faciles ou leurs transformations¹²⁷⁴. Il est ainsi possible de reproduire les mineurs de manière très réaliste au point parfois de causer une certaine confusion avec la réalité. C'est pour cette raison que s'est posée la question de savoir s'il fallait ou non réprimer la pédopornographie virtuelle. Encore aujourd'hui, la question est en suspens, même si le Canada et la France l'ont réprimé respectivement aux articles 163.1 du C.crim. et 227-23 du C.pén. Le problème se situe au niveau de l'immatérialité de l'infraction. En effet, est-il possible de concevoir qu'il

¹²⁷² « En 1998, le législateur a décidé, à l'initiative du sénateur Charles Jolibois, d'élargir le délit à la « représentation » d'un mineur, afin de pouvoir réprimer aussi les images virtuelles » (A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 138). Voir : C. JOLIBOIS, préc., note 443.

¹²⁷³ Un avatar est une « représentation virtuelle créée par un internaute pour évoluer dans le cyberspace ». Définition du J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), préc., note 90, p. 194. Voir : Danièle BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? » 3 *Droit et société* 2001, n°49, 847 à 871, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2001-3-page-847.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 849.

¹²⁷⁴ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 19.

y ait des crimes et des délits immatériels lorsque l'élément de commission et l'objet de l'infraction sont virtuels? *A priori*, la réponse est affirmative. D'ailleurs, ce choix conforte l'esprit des deux législations étudiées puisqu'elles ont pour but de protéger le mineur et peu importe, qu'il soit réel ou virtuel. Par conséquent, l'interdiction des représentations virtuelles ou imaginaires tend vers une protection absolue du mineur (Section 1). Mais les législateurs, surtout le canadien, sont allés plus loin dans le champ d'application de l'infraction de pédopornographie en incriminant tout autre support mettant en scène sexuellement un mineur (Section 2). De ce fait, il est indéniable que les législations s'articulent vers une absence totale de risque envers les moins de dix-huit ans sur le réseau Internet, ce qui correspond parfaitement à notre société postmoderne.

Section1: L'interdiction des représentations virtuelles et imaginaires

La pédopornographie virtuelle s'avère différente de la pédopornographie réelle, puisqu'elle n'est plus l'enregistrement d'un acte criminel ou délictuel en temps réel¹²⁷⁵, mais bien l'exploitation sexuelle de l'image du mineur sous toutes ses formes. En effet, elle est la représentation d'une infraction à caractère sexuel, mais de manière imaginaire. Les législateurs canadien et français démontrent ainsi que la liberté d'expression est moins importante que la protection de la moralité publique par le biais de la dignité de la personne mineure. Il est tout à fait logique de considérer, afin de conserver l'idée générale de la législation, que la pédopornographie réelle ou virtuelle soit réprimée. Mais, d'un point de vue juridique, les choses ne sont pas aussi simples. La distinction entre des « images pornographiques réelles et images pornographiques artificielles d'enfants »¹²⁷⁶ n'est pas aussi facile. D'ailleurs, en raison des caractéristiques propres à cette forme de pédopornographie qui emploie des mineurs fictifs, chaque pays adopte son approche personnelle concernant cette dernière. Les réserves contenues dans la *Convention sur la cybercriminalité*¹²⁷⁷ démontrent que la pédopornographie virtuelle reste un domaine controversé, puisqu'elle laisse le soin à chacun d'eux de la réprimer ou non. De ce fait, il

¹²⁷⁵ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851, p. 2.

¹²⁷⁶ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 19 : « Comment pourrait-on établir une différence entre deux images représentant des actes similaires et paraissant aussi authentiques l'une que l'autre, la première produite à partir d'événements réels et la deuxième résultant d'une manipulation informatique? ».

¹²⁷⁷ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 9(2) b) et c).

est évident que la prohibition de cette forme de pornographie reste encore discutable (I). Toutefois, en décidant de la réprimer, le législateur crée en quelque sorte des « victimes virtuelles » ce qui, nécessairement, produit des effets en droit criminel (II).

I. La prohibition controversée de la « pédopornographie virtuelle »

Les nouvelles technologies de l'information « permet[tent] très facilement de manipuler des images et de créer du matériel pédopornographique ou « transformé » »¹²⁷⁸. En effet, « il peut être difficile d'établir qu'une image donnée ne représente pas un véritable être humain victime de véritables sévices »¹²⁷⁹. C'est pour cette raison que, pour faciliter la qualification des images et pour respecter l'idée qu'il est « inacceptable de représenter les enfants comme des objets sexuels »¹²⁸⁰, les législateurs canadien et français ont érigé en infraction ce type de pédopornographie qui fait intervenir de manière éminente l'informatique. Toutefois, une précision doit être apportée, à savoir que la plupart des auteurs assimilent la pédopornographie virtuelle et la « pseudo-pédopornographie »¹²⁸¹, alors qu'il s'agit bien de deux formes différentes de matériel pornographique (A). Mais, dans les deux cas, la virtualité est bien présente. D'ailleurs, celle-ci pose certaines difficultés qui viennent alimenter le débat juridique (B).

A) Le cas de la « pseudo-pédopornographie »

Contrairement à la pédopornographie réelle et virtuelle, la « pseudo-pédopornographie » ou la « pédopornographie apparente »¹²⁸² n'utilise de mineur ni réel ni virtuel en tant que tel,

¹²⁷⁸ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 19.

¹²⁷⁹ *Id.*

¹²⁸⁰ *Id.*

¹²⁸¹ En effet, ils mettent sous le même vocable la « pédopornographie virtuelle » et la « pseudo-pornographie » voire ils interchangent les termes. Parfois, ils préfèrent employer l'expression suivante « pédophilie virtuelle ». C'est par exemple le cas pour les auteurs suivants : É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 67; Indra BALASSOUPRAMANIANE, « La pédophilie virtuelle », (2002) 34 *J.duB.* n°15, 14; Étienne WÉRY, *La Cour Suprême prend la défense de la pédophilie « virtuelle » : une crise politique en vue ?*, 17 avril 2002, en ligne : Droit et Nouvelles Technologies <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=569>, (consulté le 23 sept. 2009); CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 19.

¹²⁸² Ce type de pédopornographie est également appelé « kiddie » ou « chicken porn ». Voir : *Infra*, p.196.

mais seulement son apparence en utilisant une « vraie » personne. En effet, elle transforme une personne majeure en une personne mineure au moyen de procédés informatiques ou en leur donnant physiquement l'apparence d'une personne de moins de dix-huit ans. Autrement dit, l'objectif est d'avoir l'aspect d'un mineur sans pour autant recourir à ce dernier grâce à différentes techniques, telles que les montages d'images¹²⁸³, du maquillage ou l'utilisation de tenues vestimentaires écolières. Les majeurs utilisés doivent paraître d'aspect jeune, afin de pouvoir créer une sorte de confusion entre l'adulte et le mineur, par exemple les « lolitas »¹²⁸⁴. Se pose, par conséquent, un problème d'envergure. En effet, comment savoir si l'image ou la représentation est celle d'un majeur ou d'une personne de moins de dix-huit ans? Puisque aucun mineur n'a été exploité sexuellement dans la production de cette forme de pédopornographie, ni son image en tant que telle, en quoi serait-il raisonnable de réprimer la « pseudo-pédopornographie », surtout s'il s'agit de majeurs consentants?

Les législateurs canadien et français l'ont érigé en infraction aux articles 163.1 du C.crim. et 227-23 du C.pén. En effet, le premier fait référence à l'expression « présentée comme telle », alors que le second y préfère les termes, « dont l'aspect physique est celui d'un mineur ». C'est ainsi que toute image représentant comme tel un mineur ou dont l'aspect physique est celui d'une personne de moins de dix-huit ans constitue une infraction. En d'autres termes, en droit canadien, il suffit que le message transmis par le matériel établisse de manière raisonnable de la pédopornographie, dans le sens où un observateur raisonnable et prudent le considère comme la représentation d'un mineur dans une scène sexuelle pour que l'infraction soit caractérisée¹²⁸⁵. Par contre, pour le droit français, le législateur a préféré instaurer un moyen de défense, soit « s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image »¹²⁸⁶, l'infraction de pornographie mettant en scène un mineur ne peut être retenue. Il ne s'agit que d'une

¹²⁸³ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, préc., note 851, p. 2. Par ailleurs, l'art. 226-8 C.pén. réprime « le fait de publier, par quelque voie que ce soit, le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement, s'il n'apparaît pas à l'évidence qu'il s'agit d'un montage ou s'il n'en est pas expressément fait mention ».

¹²⁸⁴ « Cette pornographie new look met en scène, dans des situations sexuellement explicites, de jeunes adultes rajeunis qui paraissent ainsi être de grands adolescents, mais où la frontière entre les deux est parfois ténue » (É.WÉRY, *La Cour Suprême prend la défense de la pédophilie « virtuelle » : une crise politique en vue?*, préc., note 1281).

¹²⁸⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 43.

¹²⁸⁶ C.pén., art. 227-23, al.7.

présomption simple de minorité « ayant pour objet de faciliter la preuve de l'âge de la personne représentée »¹²⁸⁷. Le problème avec cette dernière est qu'en pratique, il s'avère difficile d'établir l'âge réel des acteurs utilisés dans de la pornographie et encore plus lorsqu'elle est diffusée sur le réseau Internet. C'est pour cette raison que le législateur a introduit cet alinéa pour que « la charge de la preuve contraire devant être fournie par l'auteur de l'infraction »¹²⁸⁸ et ainsi dispenser le parquet « de prouver l'âge d'un mineur photographié, filmé ou juste représenté »¹²⁸⁹. Dans ces conditions, il s'avère donc aisé de qualifier les faits. Un risque de caractériser les images de pédopornographie systématiquement peut s'entrevoir si le prévenu n'arrive pas à apporter la preuve de la majorité de la personne employée dans un contexte pornographique. D'ailleurs, avec Internet et son internationalisation, il ressort qu'il est illusoire de croire que l'âge de la majorité de la personne photographiée ou autre soit rapportée facilement vu qu'elle peut se trouver à des milliers de kilomètres de l'action en justice et que son identification soit ardue à établir. Ces dispositions rendent donc la preuve laborieuse.

En outre, le législateur français fait preuve d'incohérence. En effet, la présomption simple de minorité a plus de chance d'être irréfragable lorsqu'il est question de pédopornographie virtuelle puisque, dans ce cas, il s'avère, encore plus difficile, de prouver l'âge du personnage surtout si ce dernier présente une certaine ressemblance avec un mineur en raison du graphisme et du scénario¹²⁹⁰. C'est ainsi que cette présomption devrait être exclue en ce qui concerne la pédopornographie purement imaginaire car il s'agit, comme elle l'indique, de représentations fictives qui n'existent pas¹²⁹¹. Par conséquent, « le régime de l'article 227-23 est plus rigoureux appliqué à la fiction qu'à des films tournés avec de vraies personnes »¹²⁹², alors qu'il serait plus rationnel d'être plus sévère avec les autres formes de pédopornographie. La fiction doit donc rester punissable, mais à un degré plus bas que la réalité puisque les effets ne sont pas les mêmes, notamment lorsque le dessin ou la représentation est faite sous des traits grossiers qui ne permettent pas de faire une totale

¹²⁸⁷ E. DREYER, préc., note 311, p. 429.

¹²⁸⁸ C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443, note de D. Lefranc, p. 829.

¹²⁸⁹ *Id.*

¹²⁹⁰ *Id.*, p. 829-831.

¹²⁹¹ *Id.*, p. 831 : « Un remède très simple consisterait à exclure la présomption de minorité dans les cas de représentation d'une personne mineure afin que le régime des images réelles devienne plus sévère que celui de la fiction, et non l'inverse! ».

¹²⁹² *Id.*

confusion avec la réalité¹²⁹³. Dans ce dessein, seul l'amalgame avec un mineur réel doit être puni très sévèrement au même titre que la pédopornographie réelle. La réalité, soit l'utilisation d'une personne de moins de dix-huit ans comme partenaire sexuel, doit rester l'infraction principale.

De manière générale, il faut incontestablement une apparence de minorité pour que l'infraction soit constituée. D'ailleurs, selon les dispositions canadiennes et françaises, une image ou une représentation pornographique mettant en scène des personnages de dessins animés ne présentant aucune apparence de minorité, mais rappelant l'enfance, ne rentrent pas dans le champ d'application des textes. Il en a été jugé ainsi en ce qui concerne un film pornographique sur les Schtroumpfs¹²⁹⁴. Toutefois, se pose une question : faut-il réprimer seulement la représentation qui exploite sexuellement l'image du mineur en raison de la morphologie du personnage? Ou également le fantasme de pédophiles qui peuvent utiliser des personnages, qui renvoient à l'enfance, pour assouvir des pulsions sexuelles mais dont l'apparence non humaine ne rappelle pas celle d'une personne de moins de dix-huit ans, mais y fait indéniablement référence? Comme l'énonce l'auteur David Lefranc, « [p]ar cette question, on finit par s'interroger sur la possibilité de réprimer un fantasme, car c'est le pouvoir de la fiction que de ramener la pédopornographie du rang d'agression sexuelle réelle à celui de fantasme »¹²⁹⁵.

Malgré ces particularités françaises, les dispositions de l'article 227-23 du C.pén. rejoignent celles du droit canadien, à savoir que le juge, mais également les policiers, vont devoir établir, de manière objective, si l'image peut être considérée, hors de tout doute raisonnable, comme la représentation d'une personne mineure. En effet, seule l'apparence de minorité suffit à caractériser l'infraction, ce qui rend le champ d'application très large. L'image du mineur est, par conséquent, très protégée qu'elle soit réelle ou fictive.

¹²⁹³ *Id.*; CA Douai, ch. corr., 30 juin 2006, Juris-Data n° 2006-316844, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>, (consulté le 23 sept. 2009) : Les juges ont décidé, malgré certains éléments dans le scénario, que le personnage avait l'apparence d'un mineur.

¹²⁹⁴ La Cour a décidé que ces personnages ne présentaient « aucunement les caractéristiques morphologiques d'un jeune enfant » (C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443, comm. D. LEFRANC, p. 830; CA Douai, 30 juin 2006, préc., note 1293).

¹²⁹⁵ *Id.*, D. LEFRANC.

B) L'immatérialité de l'infraction

La pédopornographie virtuelle, comme son nom l'indique, est virtuelle, donc immatérielle ou fictive, puisqu'elle est complètement créée par des procédés informatiques ou manuels. En effet, cette dernière représente des « images virtuelles, les réalisations de synthèse et les dessins représentant des mineurs »¹²⁹⁶. Aucun mineur n'est physiquement présent. Aucune exploitation sexuelle n'est alors caractérisée. Seule l'image du mineur est exploitée, mais seulement de manière imaginaire. L'infraction est, par conséquent, immatérielle puisqu'il n'y a pas de victimes réelles, mais seulement l'exploitation de caractéristiques morphologiques rappelant la minorité de manière pornographique. C'est pour cette raison que les différents pays se sont divisés sur la réglementation de la pédopornographie virtuelle. Le débat se situe au niveau du fait que cette infraction n'exploite sexuellement aucun mineur réel et de ce fait, ne produit aucun préjudice (1). Toutefois, les législateurs canadiens et français en ont décidé autrement, puisqu'ils ont décidé de condamner cette forme de pédopornographie (2).

1) Le débat sur l'absence de mineurs réels exploités sexuellement

La pédopornographie virtuelle est réglementée de manière différente selon les pays. Chacun a sa manière d'appréhender le phénomène et d'apporter ses raisons. D'ailleurs, la *Convention sur la cybercriminalité*¹²⁹⁷ est un bon exemple de ce manque de consensus sur cette dernière en vertu de la présence de réserves. En effet, l'article 9 énonce

« 2 Aux fins du paragraphe 1 ci-dessus, le terme « pornographie enfantine » comprend toute matière pornographique représentant de manière visuelle : (...) b une personne qui apparaît comme un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite; c des images réalistes représentant un mineur se livrant à un comportement sexuellement explicite. (...) 4 Une Partie peut se réserver le droit de ne pas appliquer, en tout ou en partie, les paragraphes 1, alinéas d. et e, et 2, alinéas b. et c. »

Il est donc laissé le choix aux États d'incriminer ou non la pédopornographie virtuelle, ainsi que la « pseudo-pédopornographie ». De ce fait, il n'y a aucune raison certaine d'interdire la pédopornographie imaginaire car aucun préjudice n'est subi par le mineur. En effet,

¹²⁹⁶ É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 67

¹²⁹⁷ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

l'objet du désir n'est pas un mineur réel, mais simplement un ensemble de pixels représentant un personnage d'apparence mineure créé par un artiste habile¹²⁹⁸. Par conséquent, comment le législateur peut-il incriminer cette création?¹²⁹⁹ Dans ce cas, il n'y a qu'un risque de préjudice du fait de la possibilité de substitution entre la pédopornographie réelle et virtuelle. Il s'agit donc de faire de la prévention en la réprimant et en dénonçant le fait que les mineurs ne sont pas des partenaires sexuels possibles.

Certains pays ont décidé de ne pas retenir la pédopornographie virtuelle comme incrimination, puisque « aucun enfant n'a été abusé sexuellement »¹³⁰⁰. Ils fondent donc leur définition sur les dommages subis « ce qui a pour conséquence de considérer la pornographie infantile que lorsqu'il y a réellement abus ou exploitation sexuelle d'enfants »¹³⁰¹. D'ailleurs, les États-Unis d'Amérique semblent s'être orientés vers cette logique, afin de respecter leur célèbre premier amendement de la Constitution relatif à la liberté d'expression. La loi américaine relative à la pédopornographie a connu de nombreux déboires du fait de l'intervention de la Cour suprême américaine fondée sur ce premier amendement¹³⁰². Mais le Japon connaît également une certaine particularité puisqu'il est considéré comme légal de créer des animations pédopornographiques, telles que les « mangas » ou les « lolicons ». Il s'agit de la représentation de jeunes filles dans des positions pornographiques qui prennent l'apparence de mineurs plus ou moins jeunes¹³⁰³.

¹²⁹⁸ Dannielle CISNEROS, « « Virtual child » pornography on the Internet : a « virtual » victim? » (2002) *Duke L. & Tech. Rev.* 0019, en ligne : <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002dltr0019.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 1.

¹²⁹⁹ *Id.* : « When the object of desire is not a child, but merely a combination of millions of computer pixels crafted by a skilled artist, can the government ban this allegedly victimless creation? ».

¹³⁰⁰ M. NGALIKPIMA (dir.), préc., note 35, p. 193.

¹³⁰¹ T. PANEPINTO, préc., note 55, p. 19 et 20.

¹³⁰² En effet, la Cour suprême américaine est intervenue à maintes reprises pour invalider constitutionnellement la loi relative à la pédopornographie et plus spécialement, les dispositions relatives à la pédopornographie virtuelle. Voir : *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, (00-795) 535 U.S. 234 (2002); 198 F.3d 1083, affirmed, en ligne : <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); É. WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 75-77; É. WÉRY, *La Cour Suprême prend la défense de la pédophilie « virtuelle » : une crise politique en vue ?*, préc., note 1281; Étienne WÉRY, *La Cour Suprême US bloque (de nouveau) l'application du Child Online Protection Act (COPA 1998)*, 01 juil. 2004, en ligne : <<http://www.droit-technologie.org/actuality-787/la-cour-supreme-us-bloque-de-nouveau-l-application-du-child-online-p.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Child Pornography Prevention Act* de 1996 et *Prosecutorial Remedies and other Tools to end the Exploitation of Children Today Act* de 2003 (*PROTECT Act*) (*Public Law* 108-21, 117 STAT. 650- 695); D. CISNEROS, préc., note 1298.

¹³⁰³ Définition sur Wikipédia, en ligne : <<http://fr.wikipedia.org/wiki/Lolicon>>, (consulté le 23 sept. 2009) : « En son sens japonais originel, « lolicon » n'est pas directement lié aux productions artistiques. « Loli » caractérise toute représentation de jeunes filles ou de fillettes, aussi bien photographique (« loli photobooks ») que dessinée ou filmée. « Lolicon » peut aussi en japonais renvoyer aux personnes attirées par les fillettes et

Autrement dit, ce matériel, selon les lois canadienne et française, constituerait de la pédopornographie virtuelle¹³⁰⁴. Les partisans de cette dernière considèrent qu'ils ne causent aucun préjudice aux personnes de moins de dix-huit ans et qu'au contraire, cette forme de pornographie peut servir à soulager leurs tensions sexuelles, notamment celles ressenties par les pédophiles¹³⁰⁵. Les autres, par contre, répondent que la pédopornographie virtuelle a pour effet de persuader les individus à commettre des crimes envers les mineurs¹³⁰⁶. Il s'agirait ainsi d'une forme d'incitation ou de provocation à commettre une infraction à l'encontre d'une personne vulnérable en raison de sa minorité. Dans ce dessein, d'autres incriminations pourraient alors s'appliquer¹³⁰⁷.

Finalement, il ne serait pas irraisonnable de penser que, ce qui est véritablement répréhensible, c'est le fait de rendre ces images virtuelles accessibles au moyen du réseau Internet et qu'elles soient vues par des mineurs. En effet, dans le cas contraire, lorsqu'elles sont conservées de manière privée, ce matériel ne présente pas de réel préjudice à l'égard des moins de dix-huit ans à la différence de la pédopornographie réelle puisqu'elle est le résultat, le plus souvent, d'une autre infraction à caractère sexuel. Il faut dans ce cas la réprimer car la personne serait inévitablement en possession du fruit d'une infraction, à la différence de la pédopornographie purement imaginaire, qui n'est finalement que le reflet d'un fantasme qui doit rester intime et privé. La diffusion de ce matériel représente donc un risque éventuel et incertain, mais qui peut influencer le marché actuel de pédopornographie réelle en raison de la substitution possible entre celle qui est réelle et virtuelle¹³⁰⁸. Tous ces

préadolescentes réelles comme fictionnelles et est en ce sens synonyme de pédophile. Lolicon désigne plus spécialement ailleurs qu'au Japon des productions artistiques (mangas, animes, jeux vidéo, etc.) érotiques ou pornographiques mettant en scène des personnes de sexe féminin âgées de 7 à 13 ans ».

¹³⁰⁴ *Supra*, p. 267. C.pén., art. 227-23; C.crim., art. 163.1 (1).

¹³⁰⁵ « [L]es partisans de la pédophilie virtuelle défendent l'argument selon lequel la pédopornographie pourrait au contraire contribuer à diminuer le nombre d'abus commis sur des enfants réels. D'après eux, la première fonction de la pornographie (y compris la pédopornographie) est de servir de support à la masturbation et apporter ainsi un soulagement à la tension sexuelle. Elle peut de ce fait prévenir tout passage à l'acte » (I. BALASSOUPRAMANIANE, « La pédophilie virtuelle », préc., note 1281). Voir : Robert M. LIEBERT, John M. NEALE, and Emily S. DAVIDSON, *The Early Window*, New York, Pergamon Press, 1973, Milton DIAMOND et Ayako UCHIYAMA, « Pornography, Rape and Sex Crimes in Japan » (1999) 22 *International Journal of Law and Psychiatry* (1), en ligne : <http://www.hawaii.edu/PCSS/online_artcls/pornography/prngprph_rape_jp.html>, (consulté le 23 sept. 2009); Sharon KINSELLA, *Adult Manga: Culture and Power in Contemporary Japanese Society*, Honolulu, University of Hawaii Press, 2000.

¹³⁰⁶ D. CISNEROS, préc., note 1298, § 5.

¹³⁰⁷ Par exemple : C.pén., art. 121-7; 222-33-3; 227-21; 227-22; 227-22-1; 227-24 et 227-28-3; C.crim., art. 22 et 152.

¹³⁰⁸ D. CISNEROS, préc., note 1298, § 8 et 9.

arguments ont été considérés par la Cour suprême des États-Unis comme non valables, puisque aucun mineur réel n'a été abusé sexuellement¹³⁰⁹.

Toutefois, ces images peuvent poser quelques difficultés puisqu'elles peuvent se trouver à la frontière entre le légal et l'illégal. En effet, il faut que la représentation soit incontestablement celle d'une personne mineure selon les « caractéristiques morphologiques »¹³¹⁰ attribuées à la minorité. Or, en pratique, il est parfois difficile de faire la distinction entre les personnes majeures et mineures. C'est l'un des problèmes auquel doit faire face les policiers enquêteurs et les juges. D'ailleurs, en réprimant cette pédopornographie purement imaginaire, certaines œuvres de l'esprit sont mises en péril¹³¹¹. L'art est, comme nous l'avons développé dans notre première partie¹³¹², largement limité au profit de la protection de l'image du mineur et de ses mœurs.

2) Le choix du Canada et de la France

Les législateurs canadien et français, contrairement aux États-Unis, ont considéré comme raisonnable d'incriminer la pédopornographie virtuelle, ou purement imaginaire, afin d'élargir le champ d'application des dispositions. En effet, l'article 227-23 C.pén. la réprime en faisant référence aux termes suivants « image » et « représentation », afin de viser toutes les formes d'images virtuelles¹³¹³. D'ailleurs, les juges l'ont clairement énoncé de la manière suivante à savoir,

« l'objet du délit, qui, auparavant, était défini comme l'image d'un mineur, c'est-à-dire la représentation picturale, photographique ou cinématographique d'un enfant, est étendu à toute représentation d'un mineur; qu'il peut donc s'agir d'images non réelles représentant un mineur imaginaire, c'est-à-dire des dessins, ou même des images résultant de la transformation d'une image réelle. »¹³¹⁴

¹³⁰⁹ *Id.*, § 4 à 9: L'auteur, Dannielle CISNEROS, expose les différents arguments soutenus par le gouvernement américain mais la Cour suprême les a considéré comme non valable. En outre, elle considère que l'objectif principal de la loi est de protéger les mineurs réels contre les abus sexuels.

¹³¹⁰ CA Douai, 30 juin 2006, préc., note 1293.

¹³¹¹ C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443, comm. D. Lefranc, p. 829.

¹³¹² *Supra*, p. 192.

¹³¹³ Art. 12 bis et 12 ter relatif à la diffusion d'une image à caractère pédophile dans le rapport de Charles JOLIBOIS (préc., note 443).

¹³¹⁴ C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443; JURISCLASSEUR, préc., note 1090, II. Délit d'exploitation de l'image d'un mineur (C.pén., art.227-23, al.1 et 2), § 8.

Autrement dit, seuls les images et les dessins représentant des personnes mineures en raison des caractéristiques propres de la jeunesse seront interdits par la loi. Il faut donc que le matériel numérique soit très réaliste au point de croire qu'il s'agit d'une « vraie » exploitation sexuelle d'un mineur et ainsi créer une confusion possible avec la réalité. Le problème majeur en réprimant cette pédopornographie est celui des atteintes à la liberté d'expression et notamment du monde artistique qui se voit donc limité dans ses actions. Dans tous les cas, les policiers et les juges vont devoir discrétionnairement décider si le dessin ou autres représentent de manière réaliste un mineur dans une relation sexuelle.

Le droit canadien, quant à lui, préfère se référer en des termes différents, mais similaires à l'article 163.1 (1) a) du C.crim., « (i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite ». La Cour suprême du Canada s'est prononcée sur le sens à donner au terme « personne ». Elle en a déduit qu'il « devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes »¹³¹⁵. En d'autres termes, la loi fait également le lien entre les images réelles et celles qui sont virtuelles, mais très réalistes.

Par conséquent, les législateurs canadien et français répriment cette pédopornographie virtuelle parce qu'ils considèrent que le mineur subit un certain dommage par la diffusion ou la production d'images pornographiques créées par le biais de l'imagination. Ce matériel contribuerait à entretenir les réseaux pédophiles et à cautionner ce genre de pratiques du fait de son réalisme¹³¹⁶. En effet, « en raison de la qualité de la technologie contemporaine, il peut être très difficile de distinguer une « vraie » personne d'un personnage créé par ordinateur »¹³¹⁷. De plus, il existe un certain flou, puisque certaines représentations ont tendance à se retrouver à la limite entre l'aspect d'un mineur et celui d'un adulte¹³¹⁸. Il est

¹³¹⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 37-41.

¹³¹⁶ TGI du Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810; *R. c. Chassé*, 2002 IIJCan 23659 (QC C.Q.), J.E. 2002-1491 ; I. BALASSOUPRAMANIANE, « La pédophilie virtuelle », préc., note 1281 : « En d'autres termes, ils soutiennent qu'il importe avant tout de rendre ce commerce moins lucratif en réduisant la demande en plus d'offrir une protection contre un comportement qui, sans nécessairement causer un préjudice à l'enfant, pourrait servir à encourager ou amener des enfants à participer à de tels actes. Quant à eux, les partisans de la pédophilie virtuelle défendent l'argument selon lequel la pédopornographie pourrait au contraire contribuer à diminuer le nombre d'abus commis sur des enfants réels »; voir : JURISCLASSEUR, préc., note 1090, II. Délit d'exploitation de l'image d'un mineur (C.pén., art.227-23, al. 1 et 2), § 8.

¹³¹⁷ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 38.

¹³¹⁸ Par contre, il en va différemment lorsque « le personnage représenté sur la vidéocassette « Twin Angels - le retour des bêtes célestes - Vol. 3 » présente incontestablement les caractéristiques d'un jeune enfant,

alors difficile de savoir si nous sommes ou non en présence d'une infraction. Mais, de manière générale, elle est constituée « dès lors que le personnage mis en scène, réel, virtuel ou imaginaire, présente les traits d'un mineur, ou sa représentation, dans une situation pornographique »¹³¹⁹. Autrement dit, l'image fictive d'un mineur, qui présente une certaine similitude avec une « vraie » personne mineure, se verra traitée comme de la pédopornographie réelle. Toutefois, les lois canadiennes et françaises ne font pas explicitement cette distinction. Seuls les juges en ont déduit que les personnages virtuels devaient avoir « les caractéristiques morphologiques »¹³²⁰ d'un mineur ou représenter des « êtres humains imaginaires »¹³²¹ pour être réprimés. L'objectif du législateur est donc respecté en incriminant la pédopornographie virtuelle lorsque celle-ci provoque une réelle confusion avec la réalité. Dans ce cas, la virtualité produit les mêmes effets que la réalité, à savoir causer un préjudice aux mineurs¹³²². Le parallèle entre l'authenticité et l'artificiel prend tout son sens. La répression de la pédopornographie virtuelle s'avère ainsi raisonnable et justifiée

En outre, les progrès technologiques sont tels qu'il est normal de considérer que « [l']univers virtuel ne présuppose aucune immunité, et les crimes « réels » y sont réprimés »¹³²³. Autrement dit, la virtualité n'est qu'une représentation de la réalité. La pédopornographie virtuelle ne fait donc que mettre en scène une infraction à caractère sexuel à l'encontre d'un mineur, alors que ces derniers incarnent le groupe de personnes le plus vulnérable dans la société. C'est ainsi qu'une infraction reste une infraction et, peu importe que des personnes réelles soient utilisées. Toutefois, une nuance doit être faite. En

compte-tour, notamment, de sa petite taille par rapport aux personnages adultes qui l'entourent, de l'absence de signes morphologiques laissant supposer qu'il pourrait s'agir d'un adulte et des traits de son visage le faisant au surplus apparaître comme un très jeune enfant; que ce personnage a des relations sexuelles avec des femmes adultes » (C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443). Voir : TGI Cambrai, ch. corr., 5 juil. 2005 : « la représentation de personnes graphiquement susceptibles d'être mineures d'âge, dans des situations qualifiables de pornographiques ».

¹³¹⁹ *Id.*, TGI Cambrai.

¹³²⁰ C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443.

¹³²¹ *R c. Sharpe*, préc., note 30, § 38 : « Il semble que, si on l'interprète d'une manière conforme à l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants, le mot « personne » devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes. Bien que le mot « personne », dans la disposition créant l'infraction et à l'al. 163.1(1)*b*), s'entende d'un être en chair et en os, je conclus que « personne » à l'al. 163.1(1)*a*) désigne les êtres humains réels et les êtres humains imaginaires ».

¹³²² *Id.*

¹³²³ Voir : Jurispédia sur les jeux en ligne, en ligne : <[http://fr.jurispedia.org/index.php/Jeu_en_ligne_\(fr\)#Avatar_et_autres_objets_virtuels](http://fr.jurispedia.org/index.php/Jeu_en_ligne_(fr)#Avatar_et_autres_objets_virtuels)>, (consulté le 23 sept. 2009).

effet, la pédopornographie imaginaire ne doit, en aucune manière, être sanctionnée plus sévèrement que celle qui exploite sexuellement des « vrais » mineurs. Il ne faut pas oublier que cette dernière cause un préjudice direct et certain aux personnes de moins de dix-huit ans à la différence de la pédopornographie purement imaginaire. Celle-ci ne cause, en revanche, qu'un préjudice indirect et éventuel sur la personne mineure. Toutefois, il devient direct en ce qui concerne sa dignité personnelle. Les conséquences de la pédopornographie réelle s'avèrent donc plus importantes pour le mineur que la virtuelle. L'exploitation sexuelle des mineurs est un but légitime et raisonnable qui va bien plus loin que le simple respect à la dignité personnelle du mineur. En effet, la « vraie » personne doit en principe se trouver en haut de la hiérarchie des valeurs et non un simple avatar ou dessin. De ce fait, les législateurs canadiens et français ne devraient pas assimiler les deux types de pédopornographie, puisque le préjudice et les effets ne sont pas les mêmes. Dès lors, les seules images entraînant une réelle confusion avec la réalité du fait de leur interchangeabilité¹³²⁴, devraient bénéficier du même régime juridique que les images réelles de mineurs représentés dans des scènes à caractère sexuel. Les autres, en revanche, devraient être traitées avec moins de sévérité. En raisonnant de la sorte, l'objectif de la loi est conservé. En effet, l'image au sens large du mineur est protégée, et plus particulièrement la moralité publique et, indirectement son exploitation sexuelle¹³²⁵. Néanmoins, pour respecter la liberté d'expression, la pédopornographie virtuelle produite pour son usage privé, sans intention de la diffuser notamment sur le réseau Internet, ne doit pas faire l'objet de sanction vu qu'elle ne présente aucun préjudice pour l'ordre public et les mœurs des mineurs. D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a retenu cette exception dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, afin de préserver « la nature privée et créative de cette forme d'expression, conjuguée à l'improbabilité qu'elle cause un préjudice aux enfants »¹³²⁶.

¹³²⁴ « Les États qui condamnent la pédophilie virtuelle justifient leur position en déclarant que même si aucun enfant « réel » n'est impliqué dans la fabrication d'images pédophiles, ces documents contribuent néanmoins à entretenir les appétits sexuels des pédophiles. Ils soulignent également que ces images sont souvent utilisées pour contraindre des enfants à avoir une activité sexuelle avec un adulte. En d'autres termes, ils soutiennent qu'il importe avant tout de rendre ce commerce moins lucratif en réduisant la demande en plus d'offrir une protection contre un comportement qui, sans nécessairement causer un préjudice à l'enfant, pourrait servir à encourager ou amener des enfants à participer à de tels actes » (I. BALASSOUPRAMANIANE, « La pédophilie virtuelle », préc., note 1281).

¹³²⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 34; I. HARNOIS, préc., note 1013, p. 270 et 271; E. DREYER, préc., note 311, p. 429: « Ce n'est pas un mineur qu'il s'agit de protéger mais la société tout entière qui ne peut qu'être ébranlée par la diffusion de telles images »; Jean PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 2001, n°696, p. 465.

¹³²⁶ *Id.*, *R. c. Sharpe*, § 39 et 75.

II. L'impact de l'apparition des « victimes virtuelles » dans le droit criminel

L'immatérialité, terme pourtant pas étranger en droit, commence à prendre de plus en plus de place avec l'arrivée des nouvelles technologies de l'information. Il est inévitable pour les législateurs canadien et français, mais également des autres pays, de prendre en compte les réalités actuelles qui imposent nécessairement certains changements. Un véritable débat sur la virtualité ou l'immatérialité, voire l'incorporalité, a surgi pour savoir comment le droit criminel pouvait intervenir de manière efficace. C'est ainsi que les juristes s'y sont intéressés afin de mieux comprendre les changements produits, ou au contraire, essayer d'adapter le droit ancien au réseau Internet¹³²⁷. En effet, l'immatérialité n'est pas totalement inconnue du droit et les technologies n'ont pas engendré de réelle révolution dans le domaine juridique. Les choses immatérielles ou les biens incorporels, comme les informations ou l'électricité, existaient bien avant l'arrivée d'Internet. Il en va également ainsi de la création de la personne morale¹³²⁸. Ce n'est donc pas la première fois que le droit se trouve confronté à prendre en compte la virtualité. Celle-ci produit inévitablement des conséquences dans le monde réel, ce qu'il ne faut pas négliger. C'est pour cette raison que les législateurs canadiens et français se sont penchés sur l'incrimination ayant pour objet ou pour moyen de commettre une chose immatérielle. Autrement dit, le droit criminel a dû s'adapter à de nouvelles formes d'infractions, dont une chose immatérielle pouvait être l'objet, telle qu'une information, comme les virus, les pourriels; ou le moyen de commettre cette infraction notamment par le biais d'un ordinateur, par exemple, la pédopornographie, le vol d'identité et la fraude¹³²⁹. Comme nous l'avons exposé précédemment, les tribunaux ont adapté le droit en l'interprétant parfois à la limite des principes fondamentaux du droit

¹³²⁷ Par exemple, la Conférence *État de droit et virtualité* du 23 et 24 oct. 2007 à l'Université de Montréal (en ligne: <<http://www.etatdedroitetvirtualite.net/>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Voir : D. BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », préc., note 1273).

¹³²⁸ Sur la nature de la personnalité morale, les auteurs sont divisés en deux théories à savoir la théorie de la fiction et celle de la réalité. La première considère que « seuls les individus peuvent avoir la qualité de sujets de droits », alors que les partisans de la seconde estiment que « le groupement peut avoir un intérêt propre, différent des intérêts individuels des membres qui le composent ». Dans un premier temps, la Cour de cassation française a consacré la théorie de la réalité dans son arrêt du 28 janvier 1954 (C.cass., ch.civ.2, 28 janv. 1954, *Bull.civ.*, n°32, p. 20; n°54-07081; en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Mais, il semblerait que le législateur est appliqué la théorie de la fiction en subordonnant la création d'une personne morale à une reconnaissance étatique comme l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés. De ce fait, l'immatérialité, même si elle est reconnue par le droit, connaît des interprétations différentes en raison de son caractère.

¹³²⁹ Voir : S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 1029.

criminel¹³³⁰. C'est pour cette raison que le législateur est intervenu pour mettre en place une réglementation relativement complète pour incriminer la pédopornographie réelle et virtuelle. Toutefois, en incriminant cette dernière, il a, en quelque sorte, accepté la possibilité que des victimes virtuelles, elles aussi, obtiennent gain de cause. En effet, cette forme de pornographie fait intervenir, dans certains cas, des personnages virtuels, des avatars, qui peuvent se déplacer ou parler comme une « vraie » personne physique. C'est en raison de cette assimilation possible à la réalité que la pédopornographie virtuelle a été sanctionnée. De ce fait, se pose le problème du statut juridique de cet avatar (A), mais également des possibles conséquences que cela peut produire sur le droit criminel (B).

A) La discussion relative au statut juridique d'un avatar

L'évolution des nouvelles technologies de l'information a introduit l'immatérialité à tous les stades de l'infraction aussi bien au niveau de l'objet que des moyens de commission. En effet, la pédopornographie virtuelle est commise à l'aide d'un ordinateur au moyen d'un personnage totalement créé par l'esprit d'une personne physique. L'exemple le plus évident est celui de « Second Life »¹³³¹. Il s'agit d'un jeu interactif utilisant des avatars pour construire une vie virtuelle, parallèle à la vie réelle, évoluant sur le cyberspace¹³³². Par conséquent, le droit criminel doit s'adapter et tenir compte de ces innovations technologiques pour ne pas rester en marge de la société. Il doit ainsi réprimer les infractions susceptibles d'être commises dans ce monde fantasmagorique sur le réseau Internet par le biais d'avatars.

¹³³⁰ *Supra*, p. 247; COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », dans *L'innovation technologique*, préc., note 576.

¹³³¹ Voir : TGI Paris, réf., 2 juil. 2007, préc., note 443.

¹³³² En général, ces personnages font partie d'un jeu qui met en place un univers virtuel. Il s'agit d'un monde virtuel « persistant, évoluant de manière perpétuelle et autonome, indépendamment, même, des actions effectuées par chaque joueur » (Paul VAN DEN BULCK, « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéos : Premières réflexions » (juil. 2007) n° 24 *revue propriétés intellectuelles* 279-284, p.279, doctrine, en ligne : <http://www.irpi.ccip.fr/upload/pdf/private/revue/20070808173734_24-DO-le-regime-juridique-des-avatars-crees-dans-le-cadre-des-jeux-videos.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009)). Un « monde virtuel » peut être défini comme « un monde créé artificiellement par un programme informatique et hébergeant une communauté d'utilisateurs présents sous forme d'avatars et pouvant s'y déplacer et y interagir. La représentation de ce monde et de ses habitants est en deux ou en trois dimensions. Ce monde peut simuler le monde réel, avec ses lois physiques telles que la gravité, le temps, le climat, la géographie. Les lois humaines peuvent également être reproduites. La communication entre les utilisateurs se fait le plus souvent sous forme de texte » (en ligne : <http://fr.wikipedia.org/wiki/Monde_virtuel>, (consulté le 23 sept. 2009)).

La pédopornographie purement imaginaire met en scène sexuellement une illustration créée entièrement à l'aide d'un ordinateur par différents procédés techniques. Il s'agit donc d'un personnage dessiné qui évolue dans un environnement technologique, tel que le réseau Internet¹³³³. Il vient en quelque sorte prolonger, sous forme d'informations, l'internaute dans sa personnalité juridique¹³³⁴. Cet avatar peut prendre différentes formes et parfois, une certaine confusion peut se faire entre, d'une part, l'internaute et, d'autre part, son avatar¹³³⁵. En effet, celui-ci peut passer certains actes juridiques en son propre nom. Il devient, par conséquent, un sujet de droit autonome sur le réseau¹³³⁶. De ce fait, « il existe une ambiguïté sur la notion de personne virtuelle : s'agit-il du double numérique de l'individu (en l'occurrence du joueur) ou alors d'un robot doté de l'intelligence artificielle? »¹³³⁷. En principe, ces différents actes ne produisent pas d'effets dans le monde réel, mais ce n'est pas toujours le cas. En effet, certains peuvent passer de véritables contrats de vente notamment lorsqu'ils décident d'acheter, avec de la « vraie » monnaie, des objets virtuels ou lorsqu'un avatar décide de tuer ou violer un autre avatar. Dans ces cas, le préjudice peut être psychologique pour la personne réelle qui se voit affectée par les faits subis par son avatar qui peut être, en quelque sorte, le prolongement d'elle-même¹³³⁸. Des infractions

¹³³³ La personne virtuelle « se définit comme un groupe d'informations nominatives qui circulent dans un réseau, rendant ainsi l'individu concerné présent sous forme incorporelle. Cette logique de numérotation appliquée à la personne physique se caractérise donc par une domiciliation abstraite où s'exprime une télépersonnalité. La télépersonnalité est l'aspect dynamique de la personne virtuelle » (Étienne DUBUISSON, « La personne virtuelle : proposition pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique », (1995) *D.I.T.*, n°4, p. 5-27, à la page 5). Cette illustration numérique peut être protégée par le droit d'auteur, puisqu'il s'agit d'une œuvre de l'esprit. Voir : Thibault VERBIEST, *Statut juridique de l'avatar*, conférence IREDIC, 22 mai 2008, en ligne : <<http://www.ulyes.net>>, (consulté le 23 sept. 2009); Michel GENSOLLEN, *L'économie réelle des univers persistants : Vers une propriété virtuelle?*, 2007, en ligne : <http://www.gensollen.net/2007_gensollen_virtuel_court.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹³³⁴ É. DUBUISSON, préc., note 1333, p. 24 : « La personne virtuelle doit être à la discrétion exclusive et inconditionnée de l'individu ».

¹³³⁵ Monique CIPRUT, « Quel statut juridique reconnaître à l'avatar ? », *Les Échos*, 10 janv. 2008, en ligne : <<http://www.lesechos.fr/info/innovation/4669915.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹³³⁶ *Id.*; É. DUBUISSON, préc., note 1333, p. 22 : « Si l'individu est défini tant en situation qu'en acte alors il y a une personne virtuelle » et « [l']admission de la notion de personne virtuelle présente l'avantage de résoudre la discontinuité entre l'homme et la machine sans dénaturer les catégories juridiques traditionnelles ». Voir : TGI Paris, réf., 2 juil. 2007, préc., note 443.

¹³³⁷ M. CIPRUT, *Propos de Danièle BOURCIER*, préc., note 1335.

¹³³⁸ Selon Michel GENSOLLEN, « [u]n avatar peut choisir le niveau d'individualité qu'il souhaite entre l'anonymat d'une intervention éphémère et la transparence complète de son état-civil. (...) Il peut même avoir plusieurs avatars différents correspondant à des aspects différents de sa personnalité ». En outre, « les relations entre les internautes y forment des modèles simplifiés mais efficaces des réseaux sociaux réels. (...) Interagir au travers d'un avatar permet de régler précisément le niveau d'implication et les informations personnelles versées dans le savoir partagée de la collectivité ; la distance ainsi créée permet une sorte d'intimité désinvolte ». (« Réel / Virtuel », dans Francis JUTAND (dir.), *La société de la connaissance à l'ère de la vie numérique*, GET, Paris, 2007, p. 44-54, en ligne : <<http://www.gensollen.net/>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

immatérielles peuvent donc être commises. C'est pour cette raison que la question du statut juridique de l'avatar pose problème.

En principe, la personnalité juridique des personnes physiques confère, en premier lieu, des éléments d'identification, tels que l'état civil, le nom, le domicile et une nationalité, en deuxième lieu, un patrimoine et enfin, en troisième lieu, une capacité qui lui permet d'être titulaire de droits et de les exercer¹³³⁹. Un avatar, en raison de son immatérialité, ne peut pas obtenir de personnalité juridique. Or, il est tenu à certaines obligations avec les autres avatars. Est-ce pour autant un sujet de droit? Peut-on lui reconnaître la personnalité virtuelle? Ou fictive? Les législateurs québécois et français ont déjà eu recours à la fiction juridique par le biais de la personne morale. En effet, cette dernière possède la personnalité juridique, puisque la loi la lui a donnée. Il s'agit d'« attribuer à un groupement de personnes ou de biens la personnalité juridique, c'est-à-dire l'aptitude à être titulaire de droits et d'obligations »¹³⁴⁰. Dans ce cas, une analogie peut donc être effectuée avec l'avatar¹³⁴¹. En effet, comme pour la personnalité morale, il peut être considéré comme le prolongement de la personne réelle et ainsi jouir d'une partie de la personnalité juridique¹³⁴². Par conséquent, l'avatar pourra être tenu responsable de ses faits et gestes sur le réseau Internet. Dans le monde réel, la personne créatrice ou titulaire de ce personnage sera donc tenue responsable, au nom de son avatar, si des dommages ont été occasionnés et produisent des effets réels, sauf s'il prouve que l'avatar n'a pas agi en fonction de ses ordres, mais de ceux d'une tierce personne.

Toutefois, il existe d'autres doctrines sur l'attribution du statut juridique de l'avatar. En effet, certains auteurs considèrent que la personne physique et la personne humaine sont

¹³³⁹ C.c.Q., art. 1-9; *Déclaration universelle des droits de l'Homme* de 1789, préc., note 57, art. 6.

¹³⁴⁰ Brigitte HESS-FALLON et Anne-Marie SIMON, *Droit civil*, 6e éd., Paris, Éd. Sirey, 2001, p. 110.

¹³⁴¹ D. BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », préc., note 1273, p. 869.

¹³⁴² M. CIPRUT, préc., note 1335; Éric A. CAPRIOLI, « Consentement et systèmes informatiques », dans Danièle BOURCIER, Patricia HASSETT et Christophe ROQUILLY (dir.), *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la Connaissance Juridique*, Paris, Romillat, 2000, p. 112-135, à la page 116; É. DUBUISSON, préc., note 1333, p. 21 : « La notion de personne virtuelle a pour fonction de tenir compte de la personne comme si elle était présente physiquement, alors qu'elle ne l'est pas et que n'est pas employé un moyen du droit traditionnel pour couvrir cette absence (mandat, théorie de l'absence, contumace, etc.) ». Voir : Fanny GEORGES, *Sémiotique de la représentation de soi dans les dispositifs interactifs : L'hexis numérique*, Thèse de doctorat, Université de Paris I – Panthéon - Sorbonne, UFR Arts plastiques et Sciences de l'art, 2007, en ligne : <http://fannygeorges.free.fr/FGeorges_These_0108.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009).

deux entités différentes¹³⁴³ et que l'avatar peut, dès lors, être considéré comme une personne physique, notamment par le biais de la théorie de l'apparence¹³⁴⁴. Par contre, d'autres, représentant la majorité, préfèrent y voir un « lien inébranlable unissant ces deux notions, en reconnaissant la fusion de la personne physique et de la personne humaine, car pour exister même juridiquement, la personne physique est liée à sa représentation humaine »¹³⁴⁵. Par conséquent, même si l'avatar est une personne immatérielle qui possède les mêmes caractéristiques qu'une personne physique, elle reste, néanmoins, qu'une émanation de cette dernière. Elle est, en effet, sous le contrôle de la « vraie » personne¹³⁴⁶. Elle est la seule véritable responsable, puisqu'elle est celle qui prend réellement les décisions. La différence doit donc demeurer avec la personne physique. Aucune assimilation ne doit être faite complètement. Il en ira différemment le jour où les avatars auront la capacité de réfléchir et d'agir sans une intervention humaine derrière. Mais pour le moment, l'individu reste le seul maître de son avatar. Il lui donne les ordres et choisit ses déplacements. Par conséquent, les actes et les faits juridiques que l'avatar exerce, engagent la personne réelle qui reste en principe maître de son personnage virtuel¹³⁴⁷. Un lien peut être effectué avec la responsabilité dérogée pour les machines dites « intelligentes ». Dans

¹³⁴³ « La dissociation du corps et de la personne » amène deux façons de procéder : d'une part, l'abandon de la référence au corps, et d'autre part, l'adjonction d'un nouveau substrat à la personne. (É. DUBUISSON, préc., note 1333, p. 10 et 11.)

¹³⁴⁴ Bertrand MIRKOVIC, Aude DELEUZE, Nathalie DELEUZE, *Introduction générale au droit - le droit objectif*, Editions Studyrama, 2005, p. 130 et 131; Bérénice GOUDARD, *La qualification de l'avatar : l'avatar présumé personne physique*, 13 nov. 2008, en ligne : <<http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/20926/la-qualification-de-avatar-avatar-presume-personne-physique.php>>, (consulté le 23 sept. 2009) : « Au-delà de ces deux exemples, c'est la théorie de l'apparence qui se développe. Il s'agit d'une construction doctrinale adoptée par la Cour de cassation dans divers arrêts : les juges se fondent sur l'apparence d'une situation afin de lui faire produire des effets juridiques qui ne lui auraient été normalement pas attribués puisqu'en réalité, elle ne remplit pas les conditions nécessaires à cette fin. Par conséquent selon le principe de l'apparence, l'avatar peut être apparenté à une personne physique ». Toutefois, cette théorie se base sur les êtres humains et non sur les personnes virtuelles. Les exemples développés par l'auteur, B. GOUDARD, du fœtus et du transsexualisme ne permettent pas de faire une analogie avec un avatar. En effet, dans ces deux exemples, il s'agit de personnes physiques réelles.

¹³⁴⁵ *Id.*, B. GOUDARD; Gérard CORNU et Henri CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 7e éd., PUF, p.667; Karl SALOMO ZACHARIA, Charles AUBRY, Charles RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4e éd., Paris, Marchal, Billard, p. 1869-1878.

¹³⁴⁶ « Le droit n'a pas besoin d'une théorie de la subjectivité pour donner une personnalité à une entité. (...) Cet obstacle (de l'émotivité, de la croyance, de l'intention) ne devrait donc pas empêcher la qualification de personne virtuelle pour une machine. Mais peut-on affecter une personnalité juridique à un système informatique ? Si tel était le cas, on pourrait en déduire qu'un système possède une volonté propre. Actuellement, les juristes considèrent que les systèmes informatiques ne sont pas suffisamment « intelligents » pour mériter cette reconnaissance. Mais l'argument est purement technique, donc provisoire » (D. BOURCIER, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? », préc., note 1273, p. 866).

¹³⁴⁷ É. A. CAPRIOLI, « Consentement et systèmes informatiques », préc., note 1342, p. 121 : « Néanmoins, on peut légitimement estimer que les systèmes d'information utilisés n'ont pas de volonté propre, l'homme étant toujours le maître d'œuvre de l'organisation des offres et des acceptations des offres ».

ce cas, il a été considéré que celles-ci n'ont pas d'autonomie propre puisque seul son propriétaire peut voir engager sa responsabilité en cas de dommage. En effet, il est le seul à programmer la machine donc le seul à être responsable des faits et gestes de la machine et du dommage occasionné. La personne reste liée à la machine qui ne fait qu'exécuter les ordres de son maître¹³⁴⁸. Toutefois, pour en revenir aux avatars, ces derniers n'engagent leur créateur que sur le réseau Internet. En effet, par le biais de cet avatar, l'internaute possède deux vies différentes, à savoir, une vie réelle qui se déroule dans la société où il est pleinement sujet de droit, et une vie virtuelle qui évolue seulement dans le monde du cyberspace dans lequel il possède une personnalité juridique limitée. Dans tous les cas, si le droit reconnaît la personnalité juridique virtuelle à un avatar cela va indéniablement occasionner des conséquences non négligeables. Mais est-ce que les États sont prêts à créer un droit du virtuel?

B) Les conséquences sur l'application du droit criminel

L'infraction virtuelle ou immatérielle se différencie des infractions classiques par le fait que tous les stades de commission se font par le biais du numérique. En effet, celle-ci a lieu sur le réseau Internet, a pour objet des données numériques qui peuvent prendre diverses formes, telles qu'une information, une image ou un personnage, et enfin, elle s'effectue au moyen d'un ordinateur. Par conséquent, l'ensemble de l'infraction a un lien direct avec l'informatique et donc un rapport avec l'immatérialité. Ce qui pose problème, ou plutôt qui amène un certain débat juridique, est le fait que le virtuel est désormais présent même dans le résultat de l'infraction.

En effet, il est possible de scinder en deux les infractions virtuelles en fonction des conséquences qu'elles produisent. C'est ainsi que, dans le premier groupe, il y a les

¹³⁴⁸ « L'être humain croit savoir qu'il veut et c'est en fonction de cette croyance qu'il délègue à la machine le soin de remplir des fonctions qu'elle accomplira de façon certes infaillible, mais dans la plus stricte dépendance du programme qui lui a été imparti. Ce programme est la traduction dans un langage intelligible par la machine des croyances de son créateur. Ce n'est pas tant la traduction qui rend le travail épineux, mais les intentions réelles du message, les limites que le message assigne à l'action, les enjeux qui lui sont liés. Aussi, l'être humain ne peut pas déléguer sa responsabilité aux machines car, auto-adaptatives ou non, ces machines ont été conçues par des humains et vont donc s'appliquer à effectuer au pied de la lettre ce pour quoi elles ont été conçues » (Isabelle COLLET, *L'informatique a-t-elle un sexe? Hackers, mythes et réalités*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 99). Voir : D. BOURCIER, P. HASSETT et C. ROQUILLY (dir.), préc., note 1342.

infractions dont les effets ont lieu directement dans la « vraie » vie, par exemple les fraudes de compte en banque qui produisent également des effets indirects en informatique, à savoir revoir la sécurité de l'ordinateur. Il s'agit également de l'infraction de pédopornographie réelle qui a lieu sur le réseau Internet et qui a pour objet l'image numérique d'une « vraie » personne mineure mise en scène sexuellement, et diffusée ou visualisée par le biais d'un ordinateur. Dans ce cas, les effets directs dans le monde réel sont l'exploitation sexuelle d'un mineur, alors que les effets indirects se situent au niveau du préjudice continué que l'infraction engendre à la personne vulnérable en raison de la difficulté à bloquer ou à retirer l'image litigieuse complètement du réseau Internet. Ce groupe ne présente pas de difficultés majeures pour le droit criminel vu que les effets directs se réalisent dans le monde réel. Autrement dit, le résultat de l'infraction se produit dans la « vraie » vie. Il n'y a donc pas de véritable divergence avec les infractions classiques. Seul le moyen de commission diffère.

Il en va, néanmoins, différemment pour le second groupe. En effet, les infractions virtuelles qui le composent produisent des effets directs sur le réseau Internet, par exemple les avatars, ces derniers étant des personnes sous forme d'informations. Des effets indirects peuvent parfois s'opérer dans la « vraie » vie. C'est notamment le cas de la pédopornographie virtuelle qui a lieu sur Internet et a pour objet un personnage numérique mis en scène uniquement au moyen d'un support informatique. Dans ce cas, l'immatérialité est totale. Aucune personne réelle n'est présente, même en image. Le droit criminel connaît alors certains soucis d'application. Il doit indéniablement se transformer et s'adapter à ces nouvelles formes d'infractions en prenant en compte la virtualité. Mais pouvons-nous considérer certains crimes comme virtuels? Et donc avoir des victimes incorporelles? L'élément moral de l'infraction peut-il être rempli lorsque aucune personne physique réelle n'est en jeu?

Nous avons considéré, plus haut dans notre développement, que l'avatar devait être traité comme une personne morale et ainsi acquérir une personnalité juridique limitée. Celle-ci lui confère alors la possibilité d'être victime ou commettre des infractions au nom de son propriétaire. En outre, en incriminant la pédopornographie virtuelle, le législateur a créé des victimes virtuelles ou incorporelles. Celles-ci existent donc en droit. Mais pour les crimes? En effet, il est possible pour les avatars de commettre des infractions sur le réseau Internet.

C'est notamment le cas lorsqu'un personnage numérique décide de violer ou tuer un autre avatar, voire de voler des objets. Dans ce cas, est-ce que le droit doit intervenir? En effet, les infractions ne produisent que des effets eux-mêmes virtuels. Aucune victime réelle et aucun préjudice réel n'est palpable. C'est notamment le cas du meurtre, voire même du viol¹³⁴⁹, puisque, en principe, pour que l'infraction soit constituée, il faut un mort et une intention de tuer. Or, dans le cas de l'infraction virtuelle, l'élément moral sera difficile à prouver puisqu'un avatar n'a, en principe, aucune intention. Il ne peut donc pas avoir l'intention de tuer, sauf son créateur. Et surtout, il n'y a pas de mort, puisqu'il n'y a pas de corps « physique », mais seulement virtuel. Donc quel est le préjudice?¹³⁵⁰ Il est pourtant possible que l'infraction virtuelle cause des effets indirects dans le monde réel. En effet, il se peut parfois que certains de ces crimes virtuels occasionnent des dommages dans la « vraie » vie. C'est le cas par exemple du viol entre avatars qui peut engendrer des préjudices psychologiques au créateur joueur, puisque l'avatar peut être considéré comme le prolongement de la personne réelle et parfois même une sorte de double virtuel. Mais une précision doit être faite. En effet, le propriétaire de l'avatar victime ne pourra en aucune manière porter plainte sur le fondement de l'infraction de viol, vu que les éléments de cette dernière ne sont pas remplis¹³⁵¹. Aucune atteinte à l'intégrité physique réelle ne peut être retenue. Toutefois, elle le pourra sur le fondement du préjudice moral, mais seulement au niveau civil. Il en va également ainsi pour le meurtre, lorsque ce dernier est fait par surprise ou qu'il n'est pas prévu dans le jeu auquel la personne joueuse a décidé de faire évoluer son avatar. Par conséquent, le droit civil peut intervenir en cas d'infractions virtuelles lorsque ces dernières produisent des effets indirects dans la « vraie » vie. En d'autres termes, lorsque le créateur de l'avatar considère qu'un préjudice lui a été fait dans sa vie réelle. Par conséquent, la responsabilité relative à l'avatar ne pourra être retenue que sur la base de la responsabilité extracontractuelle, voire contractuelle. En effet, le concepteur du jeu peut unilatéralement décider de supprimer un avatar de l'univers virtuel pour non-respect des règles du jeu qui constituent le contrat unissant ce dernier au joueur créateur de l'avatar¹³⁵².

¹³⁴⁹ Voir : Lynn REGINA, *Virtual Rape Is Traumatic, but Is It a Crime?*, 2007, en ligne : <http://www.wired.com/culture/lifestyle/commentary/sexdrive/2007/05/sexdrive_0504>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹³⁵⁰ Voir : D. CISNEROS, préc., note 1298, § 3.

¹³⁵¹ « Ce cas s'est déjà présenté en 1993, lorsque, dans le cadre du jeu vidéo *LambdaMOO*, un avatar, du nom de *Mr. Bungle*, avait violé un autre avatar. Le joueur victime de ce qu'il qualifiait de crime tenta en vain de faire condamner à mort le joueur responsable de l'avatar *Mr. Bungle* » (P.VAN DEN BULCK, préc., note 1332, p. 283) (italiques tels que dans le texte initial).

¹³⁵² *Id.*

Le recours au droit criminel devient une sorte de réflexe et a tendance à dominer¹³⁵³. Pourtant, ce n'est pas « nécessairement la façon la plus efficace de résoudre des problèmes sociaux souvent complexes »¹³⁵⁴. Pour le moment, il n'a pas de véritable raison de s'appliquer pour ces infractions virtuelles qui ne produisent que des effets directs sur le réseau Internet et indirects dans la « vraie » vie. En effet, les préjudices, la plupart du temps, ne sont que pécuniaires et psychologiques¹³⁵⁵. D'ailleurs, en devenant plus présent, le droit criminel produirait de nombreuses conséquences, notamment sur les œuvres de l'esprit, tels que les jeux en ligne qui pourraient se voir limités lourdement. Toutefois, malgré la virtualité, la violence ne doit pas devenir normale sur Internet. Un certain ordre public doit être respecté. C'est d'ailleurs pour cette raison que le droit s'y intéresse. En créant une personnalité juridique à l'avatar, ce dernier pourra faire valoir ses droits même si aucun effet n'a été détecté dans le monde réel, notamment lorsque les faits sont allés au-delà des attentes de l'avatar et qu'un préjudice, même virtuel, a été occasionné. C'est ainsi que la pédopornographie imaginaire est réprimée car elle va à l'encontre de l'ordre public, tel que défini actuellement¹³⁵⁶. Par conséquent, un droit criminel de l'artificiel commence à prendre forme comme le prouve également l'affaire relative à des adolescents condamnés aux Pays-Bas pour avoir volé « des objets virtuels dans le monde virtuel Habbo.nl. »¹³⁵⁷. Dans tous les cas, cela sera une question de preuve et de cas par cas pour les tribunaux. Réels ou virtuels? *A priori*, les affaires n'ayant que des effets virtuels devraient rester dans le virtuel, à la différence de celles qui occasionnent des préjudices réels dans la « vraie »

¹³⁵³ COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 5 et 7.

¹³⁵⁴ *Id.*

¹³⁵⁵ Suite au vol d'objets virtuels au sein d'un jeu en ligne, un joueur a porté plainte en Chine aux motifs qu'il avait consacré son temps, ses efforts et son argent à l'obtention de ces choses virtuelles. La Cour « a estimé que la société était responsable du vol en raison de l'existence de failles de sécurité au niveau de ses serveurs ayant permis le piratage. Les juges ont donc ordonné la restauration des éléments de jeux perdus ». Par conséquent, le préjudice, en l'espèce, est fondé sur une mauvaise exécution du contrat passé entre le joueur et le prestataire de services qui a une obligation de sécurité. En outre, ce préjudice est pécuniaire, puisqu'il est indéniable que ces objets virtuels possèdent une certaine valeur marchande dans le monde réel ce qui explique, par ailleurs, leurs vols dans le monde virtuel (Sébastien GUERRERO, *Vol virtuel... Condamnation réelle !*, 11 fév. 2004, en ligne : <<http://www.legalbiznext.com/droit/Vol-virtuel-Condamnation-reelle>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹³⁵⁶ La pédopornographie virtuelle protège l'image du mineur en tant qu'être vulnérable. Il s'agit donc de protéger sa dignité personnelle de toute exploitation sexuelle. Or, ce raisonnement pourrait très bien s'appliquer également pour les personnes adultes vulnérables contre les violences sexuelles et ainsi protéger leurs images au nom de leur dignité personnelle. C'est pourquoi la protection de leur image virtuelle pourrait être envisagée au nom de leur dignité personnelle au même titre que celle des mineurs.

¹³⁵⁷ M. CIPRUT, préc., note 1335.

vie et qui devront, pour ces dernières, être traitées par de « vrais » tribunaux. La personnalité virtuelle devant rester dans son monde virtuel.

La répression de la pédopornographie virtuelle ou imaginaire par le droit criminel canadien et français permet d'interdire les images numériques qui mettent en scène sexuellement des personnages représentants des mineurs. Autrement dit, des personnages irréels dont l'aspect physique ou le scénario permettent d'en déduire qu'il s'agit d'une personne de moins de dix-huit ans. Elle exploite ainsi l'image de ces derniers sans pour autant utiliser réellement une personne mineure. Leur protection devient, par conséquent, assez large. Il reste peu de place à l'imagination et à l'art. D'ailleurs, en incriminant tous les autres supports mettant en scène des mineurs dans des poses pornographiques, les législateurs ont voulu élargir la protection et la rendre absolue. Aucun préjudice ne doit être commis à l'encontre de la personne mineure jugée vulnérable.

Section2: Tout autre support prohibé : vers une absence totale de risque pour le mineur

Le champ d'application du régime juridique de la pédopornographie s'est vu s'élargir au fil des années et des affaires. En effet, les législateurs ne s'intéressaient qu'aux images ou représentations visuelles d'une personne de moins de dix-huit ans sans se préoccuper des supports non visuels. Or, suite à certains événements, tels que l'arrêt *R. c. Sharpe*¹³⁵⁸ au Canada, le législateur s'est senti obligé d'intervenir pour incriminer ce type de matériel (I). Il va même plus loin dans sa démarche de protection des mineurs en créant une sorte d'immunité en les préservant de tout « risque indu » (II). Une véritable différence entre la législation française et canadienne s'entrevoit à ce niveau.

I. La possibilité d'incriminer les supports non visuels

Comme pour les supports visuels dont la répression ne pose aucun problème dans sa légitimité et sa justification, celle concernant les supports non visuels s'avère plus délicate. En effet, ces derniers vont faire intervenir une part plus importante de subjectivité de la part

¹³⁵⁸ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

des policiers et des juges. L'atteinte à la liberté d'expression est bien présente. Les différentes affaires médiatiques ont démontré que les « cybercriminels », utilisateurs de matériel pornographique mettant en scène des mineurs, ont tendance à profiter des failles des législations pour entretenir le marché. En effet, « [d]ans les pays démocratiques, le droit fondamental à la libre expression d'idées et d'opinions et le droit au secret de la correspondance sont intangibles, mais trop souvent les criminels utilisent à mauvais escient ces droits afin de dissimuler la nature réelle de leurs activités »¹³⁵⁹. Le problème de l'art et de la vie privée devient donc récurrent. Après les œuvres picturales, photographiques et pictographiques, les artistes, aussi bien professionnels que particuliers, se voient limités dans leur expression littéraire et sonore. En effet, le législateur canadien, suite à l'affaire *R. c. Sharpe*¹³⁶⁰, a décidé de restreindre de manière assez considérable la liberté d'expression. Le but étant la protection des mineurs dans son sens le plus large. C'est ainsi que l'article 163.1 (1) du C.crim. réprime de manière explicite « tout écrit » et « tout enregistrement sonore » qui a trait à de la pédopornographie (A). Le droit français, en revanche, ne fait aucune référence à ces supports non visuels dans son article 227-23 du C.pén. traitant pourtant de la pédopornographie. Toutefois, il ne s'agit pas d'une lacune législative dans ce domaine. En effet, d'autres textes peuvent s'appliquer dans ce cas (B).

A) L'incrimination expresse en droit canadien des écrits et des enregistrements sonores

À la suite de l'affaire *R. c. Sharpe*¹³⁶¹, le législateur canadien a légiféré en élaborant la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)* et la *Loi sur la preuve au Canada*¹³⁶² qui élargit le champ d'application de l'article 163.1 du C.crim. C'est ainsi que tout écrit et tout enregistrement sonore est désormais réprimés par la loi lorsqu'il « préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans » ou lorsque l'écrit « dont la caractéristique dominante est la description,

¹³⁵⁹ CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, préc., note 1050, p. 80.

¹³⁶⁰ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

¹³⁶¹ *Id.*.

¹³⁶² Les alinéas b), c) et d) ont été insérés par la *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)* et la *Loi sur la preuve au Canada* (préc., note 918) survenue à la suite de l'affaire *R. c. Sharpe* qui a suscité de nombreux débats dans la communauté juridique et auprès de l'opinion publique. Voir : A.-R. NADEAU, « Pornographie et liberté d'expression (I) », préc., note 989.

dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans » ou, enfin, lorsque l'enregistrement sonore « dont la caractéristique dominante est la description, la présentation ou la simulation, dans un but sexuel, d'une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans ». Autrement dit, la définition de pédopornographie inclut désormais « les formats audio et les documents écrits dont la caractéristique principale est la description d'activités illicites avec des mineurs, si cette description est faite à des fins sexuelles »¹³⁶³. Il est ainsi interdit de faire une quelconque publicité à la pédopornographie, sous n'importe quel support. L'atteinte à la liberté d'expression n'est donc pas négligeable, même si justifiée dans une société libre et démocratique, mais jusqu'à quel point? En effet, les œuvres littéraires, même pornographiques, se voient très limitées. Certaines peuvent être à la limite de la loi voire pourraient être considérées comme contraire à la loi, telles que le livre *Lolita* de Nabokov ou les œuvres du Marquis de Sade¹³⁶⁴. La protection des mineurs est devenue l'enjeu principal dans nos sociétés postmodernes au point que « les artistes n'ont pas le droit, aux yeux de certains, d'évoquer, de représenter, par quelque moyen que ce soit (littérature, dessin, cinéma, photo), la pédophilie ou la sexualité enfantine »¹³⁶⁵.

Le réseau Internet, en raison de son aspect international et du développement des « réseaux sociaux », comme les « blogs » et « Facebook », a permis l'essor des médias, notamment les informations écrites. En effet, l'utilisateur est beaucoup plus présent dans l'élaboration de ces dernières qu'auparavant. Il possède donc le pouvoir des mots au niveau international. Les écrits, mais également les enregistrements sonores par le biais de la radio, sont les moyens les plus utilisés pour se faire entendre et échanger sur la toile. Ils peuvent ainsi causer d'importants dommages notamment lorsque des personnes mineures sont en contact avec ce type de matériel qui peut heurter leur sensibilité, encore fragile. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que, comme pour les supports visuels, les supports non visuels peuvent favoriser le recrutement et le conditionnement du mineur dans le but d'obtenir des faveurs sexuelles de ce dernier. Les enregistrements sonores sont le résultat de l'exploitation sexuelle réelle d'une personne de moins de dix-huit ans. Elle peut être, par ailleurs, le

¹³⁶³ CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242, propos de Paul Harold Macklin.

¹³⁶⁴ Voir : CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 4, 7 et 8; sur l'incertitude de la littérature pornographique : A. TRICOIRE, préc., note 313, p. 147 à 158.

¹³⁶⁵ *Id.*, A. TRICOIRE, p. 140.

produit dérivé de l'enregistrement visuel de pédopornographie réelle. Cependant, la preuve qu'une personne mineure soit employée pour un enregistrement sonore, notamment avec les montages possibles et les transformations sonores, pourra s'avérer difficile à rapporter.

Contrairement à la pédopornographie réelle et aux enregistrements sonores, les écrits n'occasionnent qu'un préjudice indirect à l'encontre des mineurs qui sont alors évoqués comme des partenaires sexuels, mais seulement d'un point de vue imaginaire, comme pour la pédopornographie virtuelle. En effet, la littérature ne fait que donner « à voir une image mentale recrée par le lecteur ». Aucun acte sexuel réel n'est représenté. Il est mentalement imaginé par le lecteur qui le recrée selon ses expériences et ses sentiments. De ce fait, selon les individus, le contenu prendra une forme différente. Pour certains, il sera principalement sexuel et pour d'autres, au contraire, il n'aura qu'un aspect sexuel, mais qui restera secondaire. L'aspect subjectif est, par conséquent, très important. En outre, dans la répression de ces derniers, il s'agit plus de protéger la moralité des mineurs, personnes vulnérables, et plus spécialement leur dignité. C'est d'ailleurs sur cette base que le droit français a décidé de réprimer ces supports.

B) La parade législative du droit français

Le législateur français a préféré traiter exclusivement les supports visuels en ce qui concerne la pédopornographie et ainsi rester dans le domaine de l'image. C'est ainsi que les « écrits et des dialogues radiophoniques ou télématiques mettant en scène des mineurs à l'occasion d'actes pornographiques ne tomberaient donc pas sous le coup de l'article 227-23, mais seulement sous le coup de l'article 227-24 (...) s'ils sont susceptibles d'être vus par un mineur »¹³⁶⁶. En effet, les supports non visuels sont envisagés de manière plus large en réprimant tout les messages à caractère pornographique et contraire à la dignité de la personne humaine. Comme nous l'avons souligné plusieurs fois dans notre étude, les articles 227-23 et 227-24 du C.pén. entretiennent certains liens quant à leur champ d'application. C'est ainsi que le second texte incrimine « [l]e fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la

¹³⁶⁶ *Id.*, p. 139.

dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, (...) lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ». Autrement dit, les messages, dont les écrits et les enregistrements sonores, ayant pour contenu de la pornographie mettant en scène aussi bien des majeurs que des mineurs et, ceux qui portent atteinte gravement à la dignité humaine, dignité universelle, sont réprimés par la loi dès qu'il est possible pour une personne mineure d'être en contact avec ce type de matériel. Par conséquent, les supports non visuels sont réprimés sur la seule base de la protection des mineurs¹³⁶⁷. Il est donc clair que ce texte vient compléter les dispositions de l'article 227-23 du C.pén. relatif à la pédopornographie.

Ces supports non visuels peuvent également être réprimés par d'autres textes, par exemple l'article R.624-2 du C.pén. relatif à la diffusion de messages contraires à la décence, les articles 23 et 24 de la *Loi sur la presse*¹³⁶⁸ qui incriminent la provocation à commettre un crime, à savoir une agression sexuelle dans le cas de la pédopornographie par le biais de la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, les articles 1^{er} et suivants de la *Loi n°49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse*¹³⁶⁹ et, enfin, les articles 32 et suivants de la *Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*¹³⁷⁰. Ces diverses dispositions ont pour point en commun de protéger la moralité publique et plus particulièrement celle relative à la jeunesse. La plupart viennent censurer les textes jugés dangereux pour les personnes de moins de dix-huit ans. Mais une certaine insécurité est visible en ce sens que c'est le juge qui va devoir, avec les policiers, déterminer en quelque sorte la valeur artistique d'un texte, d'où l'introduction d'une certaine subjectivité. En effet, « [c]'est en somme une matière où l'on voit une sanction pénale dépendre d'appréciations qui relèvent, dans une certaine mesure, de la critique littéraire »¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ C. BRISSET, préc., note 369, p. 44.

¹³⁶⁸ *Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881*, préc., note 456.

¹³⁶⁹ *Loi n°49-956 du 16 juillet 1949*, préc., note 375. Voir : E. DREYER, préc., note 311, p. 413 et suiv.; C. BRISSET, préc., note 369, p. 29 et 32.

¹³⁷⁰ *Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, préc., note 116.

¹³⁷¹ A. POITIER, « Le contrôle des publications destinées à la jeunesse », *Rev. Pénit.*, 1951, p. 185 et suiv., à la page 173, cité par E. DREYER, préc., note 311, p. 417.

II. La protection des mineurs contre tout « risque indu »

La législation canadienne relative à la pédopornographie, donc à la protection des mineurs face à l'exploitation sexuelle, s'inscrit dans une vision très protectrice bien plus que celle élaborée par le législateur français. En effet, l'article 163.1 (6) du C.crim. contient une disposition relative à un possible moyen de défense, mais il le limite dans sa portée de manière draconienne en insérant le fait que « les actes qui constitueraient l'infraction (...) ne posent pas de risque indu pour les personnes âgées de moins de dix-huit ans ». Outre le fait que la liberté d'expression est limitée en consacrant le critère de la protection des mineurs (B), l'expression « risque indu » ne comporte aucune définition, ce qui peut soulever un certain débat (A).

A) La discussion sur le sens de l'expression « risque indu »

Ce critère du « risque indu » a été dégagé par la Cour suprême du Canada lors de l'arrêt *R. c. Sharpe*¹³⁷². En effet, les juges, pour déterminer si le matériel incriminé devait être puni par la loi, ont eu recours au critère selon lequel le matériel ne devait présenter « aucun risque de préjudice aux enfants »¹³⁷³. Ceci s'explique par le fait que les législateurs canadien et français, en adoptant les dispositions relatives à la pédopornographie, ont voulu prévenir le préjudice causé aux mineurs. Ils ont ainsi voulu transmettre le message que ces derniers « ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles »¹³⁷⁴ et renforcer la protection de ces personnes vulnérables¹³⁷⁵. Pour ce faire, « le législateur a indiqué qu'il cherchait à viser non pas tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants, mais seulement le matériel qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et, encore là, uniquement dans les cas où le droit à la liberté

¹³⁷² *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

¹³⁷³ *Id.*, § 24.

¹³⁷⁴ *Id.*, § 34.

¹³⁷⁵ Les juges, dans l'arrêt *R. c. Sharpe* (*Id.*, § 93), ont conclu que « [e]n l'espèce, la preuve établit amplement que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile fournit non seulement une protection supplémentaire contre l'exploitation des enfants -- phénomène associé à la production de pornographie juvénile pour le marché créé par la possession et la disponibilité de matériel destiné à stimuler, entraîner des changements comportementaux et à initier --, mais elle renforce en outre les dispositions qui criminalisent la production et la distribution de cette forme de pornographie ». Pourtant, comme nous l'avons déjà exposé dans un autre développement, aucune preuve scientifique ne vient appuyer un possible lien de causalité entre le fait de regarder de la pédopornographie et le passage à l'acte (*Supra*, p. 258).

d'expression ou le bien public ne l'emporte pas sur ce risque de préjudice »¹³⁷⁶. Par conséquent, il va falloir déterminer si le matériel, malgré certaines qualités qui pourraient lui permettre d'échapper aux dispositions relatives à la pédopornographie, n'expose pas les mineurs à un risque réel de préjudice. Il faut donc qu'aucun risque raisonnable ne soit détecté pour bénéficier de l'article 163.1 (6) du C.crim. Toutefois, il ne faut pas oublier que les risques réels occasionnés par la pédopornographie ne sont pas démontrés de manière certaine. En effet, le lien de causalité entre, d'une part, l'exploitation sexuelle des enfants et, d'autre part, la pédopornographie, et plus particulièrement les représentations non visuelles, ne sont pas établies, ainsi que le passage à l'acte avec un mineur.

Le critère du « risque indu » ne possède aucune définition et il s'avère vague. Il suggère, néanmoins, un champ d'application très large et une part de subjectivité importante de ceux qui devront déterminer si tel ou tel matériel amène ou non un risque de préjudice aux mineurs¹³⁷⁷. D'ailleurs, si la protection des mineurs est prise comme repère à la moralité publique, il est indéniable que le matériel pouvant bénéficier du moyen de défense va être très minime¹³⁷⁸. Néanmoins, malgré ce critère, la Cour suprême a dégagé deux exceptions qui « ne présente[nt] que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants »¹³⁷⁹. Il s'agit de matériel pornographique légal ou expressif créé personnellement et conservé en privé pour un usage personnel. Dans ces deux cas, les juges en ont déduit que le risque de préjudice était peu élevé puisqu'en principe aucun mineur n'avait été exploité sexuellement, qu'il possédait la majorité sexuelle, et qu'il s'agissait d'éléments relevant de la vie privée. Par conséquent, il y a « risque indu » lorsque les formes d'expressions pornographiques exploitent ou agressent sexuellement une personne de moins de dix-huit ans ou lorsqu'elle n'a pas la majorité sexuelle requise, et lorsque ce matériel est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, autre que ceux figurant sur le matériel en raison de sa diffusion. Ceci rejoint

¹³⁷⁶ *Id.*

¹³⁷⁷ Certains sont pour que ce critère du « risque indu » soit supprimé. ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, nov. 2004, en ligne : <http://files.efc-canada.net/si/Pornography/EFC_Submission_on_Bill_C-2_%20F.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3.

¹³⁷⁸ « Le tribunal a également admis deux exceptions à l'ensemble des accusations de possession ou de production de pornographie juvénile pour éviter d'avoir à annuler la loi toute entière au motif qu'elle portait fortement atteinte à la liberté d'expression. Par conséquent, la loi sur la pornographie juvénile a, en grande partie, été « sauvée » et elle ratisse suffisamment large pour englober pratiquement toutes les situations impliquant des documents d'expression pouvant porter préjudice aux enfants » (CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, préc., note 929, p. 3).

¹³⁷⁹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 75.

l'article 227-24 du C.pén. En effet, le législateur français sanctionne tout risque susceptible d'être fait à la moralité de la jeunesse comme peuvent l'être les dispositions canadiennes.

B) L'apogée de la protection des mineurs : la liberté versus le risque

En limitant largement les moyens de défense, le *Projet de loi C-2*¹³⁸⁰ a diminué la portée de la liberté d'expression. En effet, toujours suite à l'affaire *R. c. Sharpe*¹³⁸¹, le législateur canadien a voulu signaler à la société que la pédopornographie ne pouvait en aucune manière faire l'objet d'indulgence, même au nom de l'art. D'ailleurs, lors des débats parlementaires, la plupart des députés ont montré un certain intérêt envers la tolérance zéro¹³⁸². C'est ainsi que les images réelles ou virtuelles, voire les écrits ou les enregistrements sonores, qui rempliraient les conditions d'incrimination de l'infraction de pédopornographie, mais qui seraient réalisés dans un « but légitime lié à l'administration de la justice, à la science, à la médecine, à l'éducation ou aux arts »¹³⁸³, ne devaient pas engendrer de risque excessif de préjudice à l'égard des mineurs. Il s'agit de conditions cumulatives. Désormais, il va falloir déterminer si le but de l'artiste est légitime et si son art ne pose pas de risque démesuré envers les mineurs, personnes vulnérables. Les juges ainsi que les policiers vont donc devoir apprécier de la légitimité de l'œuvre. Cette nouvelle restriction à la liberté d'expression ne protège pas les artistes mais incontestablement, les personnes de moins de dix-huit ans. Il est donc clair que la protection des mineurs est devenue l'enjeu principal dans notre société au détriment de la liberté d'expression.

Les nouvelles technologies de l'information ont donné naissance à de nouveaux dangers et à de nouveaux risques qu'il faut encadrer. L'objectif principal des législations est, par conséquent, de déterminer ces risques afin d'instaurer une certaine sécurité sur le réseau et plus particulièrement à l'encontre des personnes vulnérables. En effet, « [b]eaucoup

¹³⁸⁰ *Projet de Loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, 13 oct. 2004.

¹³⁸¹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30.

¹³⁸² Par exemple : « Tout risque menaçant la sécurité des enfants devrait susciter la réaction la plus ferme possible » (CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, préc., note 242, no 1530, propos de Monsieur Rob MOORE); « Nous devons aménager le projet de loi de manière à ce qu'il protège au maximum et de façon absolue nos enfants, mais qu'il résiste aussi à toute contestation fondée sur la Charte des droits et libertés » (propos Joe COMARTIN, no 1550).

¹³⁸³ C.crim., art. 163.1 (6) a).

d'observateurs sont d'avis que nous nous préoccupons tellement des questions de criminalité et de sécurité que nous sommes devenus une « société de risque » fixée sur les moyens de réduire le risque « imminent » de comportements criminels »¹³⁸⁴. D'ailleurs, le choix du législateur canadien pour l'expression de « risque indu » le démontre parfaitement. L'absence de risque est devenue primordiale lorsqu'il est question de protéger les mineurs de certains contenus circulant sur le réseau Internet. C'est également le cas pour le droit français avec l'article 227-24 du C.pén. En effet, ces dispositions interdisent toute visualisation de contenus jugés dangereux et pouvant heurter la sensibilité des mineurs. De ceci se dégage l'idée selon laquelle le législateur semble vouloir instaurer un Internet plus moral où le risque serait diminué, voire éliminé. L'État a donc recours à la pratique de la censure pour rendre le réseau plus sécuritaire. Il peut ainsi établir son nouvel ordre public moral par le biais de la protection des mineurs. En effet, cette dernière a pour effet symbolique d'instaurer une moralité sexuelle pour tous sur Internet et de permettre le contrôle des contenus, aussi bien pour les mineurs que les majeurs.

L'auteur Ulrich Beck, dans son ouvrage *La Société du risque - Sur la voie d'une autre modernité*¹³⁸⁵, considère que nous sommes passés d'une société industrielle dont le problème était la répartition des richesses, « à une société centrée sur la répartition des risques. Autrement dit, le risque n'est plus une menace extérieure, mais bien un élément constitutif de la société »¹³⁸⁶. Il est illusoire de croire que le risque sera complètement éradiqué du réseau Internet qui crée de nouveaux dangers. Il peut seulement être encadré. Toutefois, l'article 227-24 du C.pén., en interdisant toute possibilité pour un mineur d'être en contact avec de la pornographie, rend cette dernière en quelque sorte indésirable sur le cyberspace. Le législateur, « pour parvenir à faire accepter à ses citoyens la censure et la perte de liberté qui s'y attache, (...) a qualifié Internet et la pornographie comme une menace morale et sociale au bien-être de tous, particulièrement celui de nos enfants ». En présentant le réseau comme un vecteur engendrant de nombreux risques, la censure étatique se dote d'une certaine légitimité. C'est ainsi que, au nom du risque produit par les nouvelles

¹³⁸⁴ COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 13.

¹³⁸⁵ U. BECK, préc., note 730.

¹³⁸⁶ Nathalie BEAU, *L'émergence d'une société nouvelle*, 22 oct. 2004, en ligne : <<http://www.parutions.com/pages/1-6-63-3963.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 188.

technologies, la liberté d'expression est devenue secondaire face à une protection des mineurs rendue essentielle dans une « société de risque » en perte de repères moraux.

La réglementation relative à la pédopornographie traite aussi bien du mineur « en chair et en os » que du personnage imaginaire qui emprunte les caractéristiques d'une personne âgée de moins de dix-huit ans¹³⁸⁷. Les images virtuelles qui permettent de créer cette forme de pornographie sont, par conséquent, réprimées par les lois canadiennes et françaises. Le législateur s'est donc adapté aux évolutions technologiques en prenant en compte l'immatérialité de l'infraction. Toutefois, certains paradoxes peuvent être mis en exergue. Par exemple, l'infraction de pédopornographie virtuelle n'est qu'une fiction engendrée par un esprit créatif qui cause un préjudice à la dignité du mineur et à la moralité publique. De ce fait, il s'avère illogique de traiter de la même manière ces deux incriminations qui produisent des effets différents. Néanmoins, elle peut provoquer les mêmes effets que la pédopornographie réelle, lorsqu'elle peut se substituer à cette dernière. Dans ce cas, il peut y avoir confusion et donc même traitement. Mais il en va différemment dans les fictions qui n'utilisent que des personnages pouvant représenter des mineurs, mais sous des formes différentes. D'un point de vue rationnel, comment est-il possible de donner un âge à un personnage? Et est-ce que ce dernier doit avoir obligatoirement l'apparence d'une personne humaine mineure? Il est clair que le récit de l'histoire et son allure peut y contribuer, mais là encore une part importante de subjectivité va intervenir de la part des juges. Selon la Cour de cassation française, seules les représentations reprenant les « caractéristiques morphologiques d'un jeune enfant »¹³⁸⁸ feront l'objet de sanction. Mais, qu'en est-il des avatars qui représentent des extra-terrestres, des robots ou des elfes? Ne peuvent-ils pas « subsister l'odieux fantasme à l'état brut? »¹³⁸⁹ Dans ce cas, faut-il sanctionner tout matériel pouvant créer un fantasme? Est-ce que le fantasme est criminel?

Dans tous les cas, la réglementation sur la pédopornographie se veut large, afin d'incriminer le plus de matériel possible. Le but est donc de diminuer les risques de préjudice envers les mineurs. D'ailleurs, dans nos sociétés actuelles, la sécurité est devenue

¹³⁸⁷ C.cass.crim., 12 sept. 2007, préc., note 443.

¹³⁸⁸ *Id.*

¹³⁸⁹ *Id.*, note p. 830.

l'enjeu principal et plus spécialement avec l'essor des nouvelles technologies de l'information. En effet, ces dernières ont dégagé de nouveaux dangers que le législateur a dû prendre en compte dans l'élaboration des lois. C'est ainsi que le législateur, notamment canadien, a fait du risque un critère pour bénéficier du moyen de défense de l'article 163.1 (6) du C.crim. Il ne fait donc preuve d'aucune tolérance et fonde sa législation sur le nouveau critère du risque de préjudice¹³⁹⁰. La protection du mineur se révèle absolue au détriment de la liberté d'expression. Par conséquent, les dispositions relatives à la pédopornographie viennent protéger « l'image » du mineur dans son sens le plus large qui est exploitée à des fins sexuelles, mais surtout sa dignité personnelle. En effet, tout matériel sur tout support, visuel ou non visuel, présentant un « risque indu » pour les mineurs sera sanctionné. Le risque l'emporte sur la liberté. Il en va de même pour tout le système juridique pénal qui s'est adapté et renforcé, en raison des risques engendrés par les nouvelles technologies de l'information.

¹³⁹⁰ Voir : T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

TITRE 2 LE RENFORCEMENT ET L'ADAPTABILITÉ DU SYSTÈME JURIDIQUE CRIMINEL AU RÉSEAU INTERNET

Le réseau Internet a apporté avec lui certains changements qui ont « progressivement modifié le droit pénal et la procédure pénale pour répondre aux problématiques liées à l'univers des réseaux numériques »¹³⁹¹. En effet, de nouveaux comportements, risques et moyens de communications sont apparus. Les infractions sont devenues déterritoriales et transnationales. Autrement dit, elles sont commises aussi bien sur le territoire national qu'en dehors de celui-ci. Elles sont internationales, ce qui entraîne l'implication de plusieurs droits en cas de poursuites. Nos sociétés modernes, dites également « sociétés de risque », ont choisi de privilégier la sécurité au détriment de la liberté au nom de la protection de la société et plus spécialement des mineurs¹³⁹². C'est ainsi qu'Internet s'oriente vers un réseau sécuritaire où les mineurs ne seront pas mis en péril par un contenu illicite ou préjudiciable ou par un comportement répréhensible. Ce choix démontre que les pays peuvent s'entendre sur certains points malgré des cultures et des systèmes juridiques différents. Mais surtout la pédopornographie est une infraction qui a permis de dégager un consensus entre les divers pays alors qu'elle circule sur un vecteur à caractère international et technique. En effet, « [l]es frontières ne jouent plus leur rôle à cet égard et il arrive de plus en plus souvent que les criminels ne résident pas où leurs actes produisent leurs effets »¹³⁹³. En raison de ces spécificités, le droit a dû s'adapter et prendre en compte les nouvelles particularités des nouvelles technologies pour être plus efficace et ne pas tomber en désuétude.

Le droit s'est donc progressivement transformé en prenant en compte la technologie. Il n'a pas eu le choix, s'il voulait toujours détenir une certaine autorité sur Internet. Le droit et la technologie doivent ainsi cohabiter ensemble afin de réprimer les infractions susceptibles d'être commises sur le réseau. Toutefois, il s'avère difficile, parfois même impossible, de

¹³⁹¹ M. QUÉMENER et J. FERRY, préc., note 855, p. 222.

¹³⁹² *Supra*, p. 145.

¹³⁹³ MINISTÈRE DE LA JUSTICE, INDUSTRIE CANADA ET SOLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Accès légal : Document de consultation*, Ottawa, 25 août 2002, en ligne : <http://canada.justice.gc.ca/fr/cons/la_al/law_access.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

marier de manière cohérente ces deux éléments. En effet, les principes juridiques traditionnels ainsi que les fondements philosophiques du droit vacillent. Nous sommes parfois face à une adaptation du droit ancien à des situations nouvelles qui n'est pas toujours appropriée¹³⁹⁴. Le droit est devenu plus technique ce qui le rend quelque peu obscur. Il est, d'ailleurs, « plus [facile] à comprendre par des technologues que par des juristes »¹³⁹⁵. Les praticiens du droit doivent ainsi avoir recours à des techniciens plus spécialisés dans les technologies afin d'explicitier la législation. Celle-ci a en effet tendance à se complexifier, à se multiplier et à s'allonger au niveau littéraire¹³⁹⁶. Néanmoins, les législateurs canadiens et français se sont vus contraints d'adapter leur droit à ces changements fondamentaux. C'est pourquoi, après avoir modifié les dispositions relatives à la pédopornographie, ils se sont préoccupés de celles relatives à la procédure criminelle¹³⁹⁷. Celle-ci, qui était surtout fondée sur le papier et nationale, s'est transformée en une procédure basée sur l'électronique et l'internationale telle que l'est, Internet et la criminalité (Chapitre 1). Ces évolutions ont également des répercussions au niveau de l'organisation des pouvoirs. L'État est en principe le seul détenteur du pouvoir législatif à savoir celui de l'élaboration des lois. Or, il n'y a plus de monisme étatique mais un pluralisme juridique. En effet, la loi se retrouve en concurrence avec d'autres normes relevant de la société de l'information¹³⁹⁸. Autrement dit, l'État doit composer avec les autres acteurs du réseau Internet. En principe, dans un État de droit, la loi est prédominante et elle est le résultat d'un processus démocratique. Désormais, elle doit prendre sa place entre les différentes normes dégagées par le secteur privé. Celui-ci, grâce à Internet, s'est attribué un rôle non négligeable dans la régulation. Le droit a donc été complété par des normes provenant du secteur privé. En d'autres termes, les intérêts privés viennent parfois

¹³⁹⁴ Voir : V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2.

¹³⁹⁵ Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-130, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/consentement2003CPI.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 37.

¹³⁹⁶ Voir : François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Maison des sciences de l'homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, p. 423-449.

¹³⁹⁷ Les procédures criminelles évoluent vers un usage de plus en plus marqué des technologies, comme en France, le nouveau *Projet de loi n°1697 d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure (LOPPSI)* (Assemblée Nationale, 13ème législature, 27 mai 2009, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/lopsi_performance.asp>, (consulté le 23 sept. 2009)) (ci-après « *Projet de loi n°1697 LOPPSI* »).

¹³⁹⁸ Voir : Olivier ITEANU, *La technique ou le droit, qui gouverne ? L'exemple de la lutte contre le Spam*, 02 mars 2007, en ligne : <<http://blog.iteanu.com/index.php?2007/03/02/7-la-technique-ou-le-droit-qui-gouverne-le-exemple-de-la-lutte-contre-le-spam>>, (consulté le 23 sept. 2009).

surpasser l'intérêt général. Néanmoins, malgré cette concurrence entre le droit et d'autres normes, le législateur semble avoir instauré un partenariat public/privé, notamment en ce qui concerne la répression de la pédopornographie, infraction qui unifie aussi bien les différents acteurs que les pays (Chapitre 2). L'objectif de ce rapprochement est d'accéder à une meilleure régulation du réseau Internet.

Chapitre 1: Le passage d'une procédure criminelle « papier » et nationale à une procédure « électronique » et internationale

Pour incriminer les utilisateurs de pédopornographie, il faut d'abord constater l'infraction à la suite d'une enquête criminelle¹³⁹⁹. Celle-ci est à l'image de la procédure et de la cybercriminalité qui s'est technicisée et internationalisée. Le droit a évolué pour être plus efficace dans un univers virtuel, comme le réseau Internet. C'est ainsi que les législateurs canadiens et français ont essayé d'intégrer la technologie, aussi bien dans les éléments d'incrimination de l'infraction que dans la procédure criminelle au point, parfois, de rendre la loi plus technique, voire complexe¹⁴⁰⁰. En effet, pour ne pas laisser les policiers enquêteurs¹⁴⁰¹ en marge de l'évolution de la criminalité, ils ont renforcé les pouvoirs d'enquête en allant vers une procédure pénale numérisée et spécialisée (Section 1). Le réseau Internet, en raison d'une certaine crainte réelle ou passionnée envers les mineurs¹⁴⁰², a engendré de nouveaux risques ou dangers. C'est pour cela que la protection des moins de dix-huit ans, notamment leur moralité, est devenue un élément central à la sécurité de ce

¹³⁹⁹ L'enquête criminelle s'effectue avant le procès puisqu'elle permet la recherche de témoins et d'éléments de preuve à l'appui de l'accusation en justice afin de prouver, hors de tout doute raisonnable, que le crime a bien été commis et que c'est l'accusé présumé qui en est l'auteur. En droit pénal français, il existe deux sortes d'enquêtes, l'enquête préliminaire (C.p.p., art. 75 et suiv.) et l'enquête de flagrance (C.p.p., art. 53 et suiv.) selon la nature de l'infraction. Toutefois, en droit criminel canadien, l'enquête préliminaire permet le contrôle de la suffisance de la preuve (C.crim., art. 535- 551). Autrement dit, il s'agit du contrôle du sérieux de l'accusation de manière contradictoire dirigée par un juge de paix afin de déterminer s'il existe suffisamment de preuve pour justifier un procès (Voir : Pierre BÉLIVEAU et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15^e éd., Montréal, Éd. Thémis et Éd. Yvon Blais, 2008, p. 664-667). Dans tous les cas, une enquête policière criminelle est effectuée, afin de récolter un minimum de preuve attestant, hors de tout doute raisonnable (droit criminel canadien) ou selon l'intime conviction (droit pénal français), que le présumé auteur de l'infraction en est le véritable auteur.

¹⁴⁰⁰ Éric LABBÉ, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, Conférence Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/ CECOJI), Montréal, 30 sept. 2003, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe1.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 1 et 2.

¹⁴⁰¹ En procédure pénale française, il faut faire la différence entre les officiers (OPJ) et les agents de police judiciaire (APJ). Toutefois, pour alléger notre étude, nous utiliserons le terme générique de « policier », sauf lorsque la loi fait la différence entre les pouvoirs d'enquête. Voir : art. 16 et suiv. (OPJ) et 20 et suiv. (APJ) du Code de procédure pénale français (en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20091003>>) (ci-après « C.p.p. »).

¹⁴⁰² En effet, des rapports ont démontré que les principaux producteurs et distributeurs de pédopornographie circulant sur le réseau Internet sont des mineurs eux-mêmes. (THE NATIONAL CAMPAIGN TO PREVENT TEEN AND UNPLANNED PREGNANCY ET COSMOGIRL.COM, *Sex and tech: Results from a survey of teens and young adults*, 2008, en ligne : <www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009); THE BERKMAN CENTER FOR INTERNET ET SOCIETY AT HARVARD UNIVERSITY, *Enhancing Child Safety et Online Technologies : Final report of the Internet safety technical task force to the Multi-State working Group on Social Networking of State Attorneys General of the United States*, New York, Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 31 déc. 2008, en ligne : <<http://cyber.law.harvard.edu/pubrelease/isttf/>>, (consulté le 23 sept. 2009).

média. Pour satisfaire cet objectif, la censure des contenus a été choisie, comme une des solutions à appliquer. D'ailleurs, « le grand processus de mise en discours du sexe »¹⁴⁰³ s'est précisé et durci. En effet, le législateur a incriminé de manière plus sévère les infractions à caractère sexuel qui semblent émouvoir l'opinion publique, plus particulièrement lorsqu'un mineur, forcément vulnérable¹⁴⁰⁴, en est victime. Autrement dit, les infractions sexuelles sont devenues les pires formes d'atteintes à la personne. En outre, il ne serait pas irraisonnable « d'émettre l'hypothèse que la combinaison d'un taux de poursuite élevé joint à une sévérité croissante des jugements situe actuellement les infractions à caractère sexuel au point de plus grande intensité répressive du système pénal »¹⁴⁰⁵. Effectivement, les infractions sexuelles à l'encontre des mineurs ont généré des peines sévères qui ont tendance à se médicaliser (Section 2). La sensibilité ou l'émotivité de la société actuelle envers la pédopornographie devient un élément déterminant et situe cette infraction parmi les plus graves.

Section1: Le renforcement des pouvoirs d'enquête : une procédure numérisée et spécialisée

Le réseau Internet donne aux délinquants un fort pouvoir d'évasion, afin d'échapper à la règle étatique ou pour en freiner l'application¹⁴⁰⁶. Le droit a alors été contraint de s'adapter aux nouvelles technologies de l'information en devenant plus technique et international. En effet, pour pouvoir garder un minimum d'efficacité sur un média, comme le réseau Internet,

¹⁴⁰³ M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité 1. La volonté de savoir*, préc., note 14, p. 32.

¹⁴⁰⁴ Pourtant, nous avons déjà signalé que les mineurs devenaient, de plus en plus, les agresseurs et les éditeurs de contenus à caractère explicitement sexuel. Ils sembleraient que les mineurs entre eux profitent de la vulnérabilité de leurs pairs. Voir: THE BERKMAN CENTER FOR INTERNET ET SOCIETY AT HAVARD UNIVERSITY, préc., note 1402; THE NATIONAL CAMPAIGN TO PREVENT TEEN AND UNPLANNED PREGNANCY ET COSMOGIRL.COM, préc., note 1402.

¹⁴⁰⁵ Xavier LAMEYRE, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicables après la loi du 9 mars 2004 et avant la loi relative au traitement de la récidive » (mai 2005) 5 *A. Pénal* 192-195; D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 631, p. 59 et 60. Voir : la revue jurisprudentielle de l'arrêt *R. c. Landreville* (2005 CanLII 60182 (QC C.Q.)) qui permet de constater la sévérité des peines; Pierre LANDREVILLE, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40 *Criminologie*, n°2, p. 19-51, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/016850ar>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴⁰⁶ LE FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Compte-rendu de l'atelier « Des besoins de régulation, des solutions innovantes »*, 30 juin 2008, en ligne : <<http://www.foruminternet.org>>, (consulté le 23 sept. 2009).

le législateur, mais aussi les juges pour combler certaines lacunes¹⁴⁰⁷, ont dû s'ajuster en prenant en compte la virtualité dans leurs textes et leurs décisions (I). C'est ainsi que le dispositif législatif s'est renforcé, notamment au niveau de l'enquête de police. Celle-ci, à l'instar des infractions, s'est également numérisée et spécialisée¹⁴⁰⁸ pour une recherche de preuve plus efficace, afin d'appréhender un plus grand nombre de délinquants parfois experts en informatique. Mais surtout, elle tend vers l'internationalisation en créant des coopérations entre les divers pays (II). Celle-ci est facilitée lorsqu'il est question de lutter contre la pédopornographie, infraction considérée comme grave¹⁴⁰⁹. D'ailleurs, le réseau Internet est un vecteur mondial qui appelle un droit criminel, lui-même, international pour avoir une chance d'être efficace et applicable¹⁴¹⁰.

I. Une adaptation législative et jurisprudentielle : « papier » versus « électronique »

La technologie, avec l'arrivée d'Internet, a acquis un rôle non négligeable, aussi bien pour les crimes et délits que pour le droit. Celle-ci « intervient à tous les stades de l'acte

¹⁴⁰⁷ « [P]our apporter une solution au litige qui lui est soumis, le juge pénal, dont on sait qu'il ne peut raisonner par analogie, doit avoir recours à une interprétation téléologique » (COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », préc., note 1330).

¹⁴⁰⁸ En effet, les services de police français se sont dotés d'OPJ, d'APJ et d'experts spécialisés en criminalité informatique. C'est ainsi qu'a été créé l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (O.C.L.C.T.I.C.) par un *Décret n°2000-405 du 15 mai 2000* (J.O. n°113, 16 mai 2000); des services spécifiques dans chaque institution ont également été créés, comme le service de l'informatique et des traces technologiques (SITT), les enquêteurs spécialisés en criminalité informatique (ESCI) pour la police nationale, l'Institut de recherche criminelle de la gendarmerie nationale (IRCGN), le service technique de recherches judiciaires et de documentation (STRJD) qui possède un département de surveillance de l'Internet créé en 1998 et un centre national d'analyse des images pédophiles (CNAIP). (M. QUÉMENER et J. FERRY, préc., note 855, p. 210-221; M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 13-15; Olivier ITEANU, *Tous cybercriminels : la fin d'Internet?*, Paris, J.M. Laffont, 2004). Voir : Philippe BAUDOIN et Éric FREYSSINET, « La gendarmerie et la protection de l'enfance sur Internet » (2007) 1 *Légicom*, n° 37, 59-67, p. 62-64. Au Québec, des services spécialisés ont été mis en place. Il s'agit par exemple, du Module de la cybersurveillance et de la vigie créé en 2001 (en ligne : <<http://www.sq.gouv.qc.ca/cybersurveillance/notre-expertise/expertise-cybersurveillance.jsp>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Au Canada, le Groupe intégré de la criminalité technologique (GICT) a été créé en 1998. L'équipe Cybercrime est composée de la Sûreté du Québec (SQ), de la Gendarmerie royale du Canada (GRC) et de la police de Montréal. Elle travaille en étroite collaboration avec d'autres pays tels que les États-unis.

¹⁴⁰⁹ Il ne faut pas oublier que le Conseil de l'Europe a rédigé une *Convention sur la cybercriminalité* (préc., note 56) qui a été signée par de nombreux pays européens mais également par les États-Unis, le Canada, l'Afrique du Sud et le Japon. Elle traite de nombreuses infractions dont la pédopornographie dans son article 9.

¹⁴¹⁰ COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », préc., note 1330 : « Ainsi, certaines questions relèvent du législatif sans contestation possible et devraient même être envisagées au niveau international, comme c'est le cas pour ce qui relève du droit pénal » (Propos de Michel VIVANT).

cybercriminel »¹⁴¹¹. En effet, elle est un moyen de prévention d'infraction et enfin, de recherche de preuves et d'identification du délinquant¹⁴¹². Par conséquent, les règles de procédure « cherchent, en s'adaptant aux évolutions technologiques, à profiter ou, à tout le moins, utiliser les possibilités nouvelles dont elles sont porteuses »¹⁴¹³. Autrement dit, « la procédure pénale cherche à utiliser les évolutions technologiques pour accroître son efficacité »¹⁴¹⁴. Les instruments procéduraux ont donc été aménagés pour répondre aux nouvelles réalités de la preuve électronique (A). Toutefois, cette évolution a engendré la création de nouveaux concepts, pas toujours bien maîtrisés par les juges, comme « la neutralité technologique » (B). En effet, le législateur semble assimiler le papier à l'électronique, alors qu'il est clair, pourtant, que la technologie produit certaines incidences sur la nature du droit et sur sa substance¹⁴¹⁵.

A) L'aménagement des instruments procéduraux

La recherche de preuve s'est technicisée et spécialisée en raison de l'évolution de la criminalité. En effet, les infractions traditionnelles commises au moyen d'un ordinateur et celles purement informatiques ont contraint les policiers enquêteurs à se transformer en « cyberpoliciers », voire en « cyberpatrouilleurs », afin de rechercher les délinquants oeuvrant sur le réseau Internet¹⁴¹⁶. Ils sont donc tributaires de la technologie¹⁴¹⁷. C'est ainsi que le législateur a décidé de renforcer le dispositif répressif en améliorant les procédures d'enquête et l'organisation des services. La recherche de la preuve est régie par divers

¹⁴¹¹ O. ITEANU, *Tous cybercriminels : la fin d'Internet?*, préc., note 1408, p. 214.

¹⁴¹² *Id.*

¹⁴¹³ COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », préc., note 1330.

¹⁴¹⁴ *Id.*

¹⁴¹⁵ V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2, p. 3.

¹⁴¹⁶ Certains policiers considèrent que la recherche de crimes sur le réseau Internet ne correspond pas à l'activité policière et n'y accordent peu d'importance. En outre, tous ne possèdent pas les compétences adéquates pour œuvrer sur le réseau et débusquer les délinquants. De ce fait, il est difficile de savoir de manière concrète si la proportion des infractions commises à l'aide du réseau Internet et celles qui sont purement informatiques. Les chiffres ne représentent donc pas la réalité. Voir : Pierre-Éric LAVOIE, *Police et criminalité informatique: De réels problèmes à l'intervention dans l'univers virtuel*, texte produit dans le cours CRI 6226, École de criminologie, Université de Montréal, Police et sécurité privée, 2008, en ligne: <http://www.crime-reg.com/police6226/rapports/police_et_cybercriminalite/cyberintro.htm>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴¹⁷ « Une analyse historique des processus de technicisation montre que chaque innovation technique tend à modeler profondément les organisations policières » (Nicole SOULLIERE, « Police et innovations technologiques », (4e trimestre 1998) 34 *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 69-90, à la page 69 et 83).

principes dont celui de la liberté de la preuve¹⁴¹⁸. Malgré celui-ci, le recours à toutes sortes de pratiques n'est pas autorisé par la loi. En effet, certains modes de preuves sont proscrits depuis longtemps, car contraires aux libertés individuelles. De manière générale, ils sont soumis au principe de la légalité et au respect des droits fondamentaux¹⁴¹⁹. Le législateur doit donc jongler entre, d'une part, la sauvegarde des droits et libertés des personnes et, d'autre part, la nécessité d'un système répressif efficace¹⁴²⁰. Pour répondre à cette attente, la jurisprudence est intervenue pour autoriser certaines pratiques non prévues par la loi et présentant un caractère occulte, afin de faciliter la recherche de preuve¹⁴²¹. C'est ainsi que les moyens d'investigations des policiers ont évolué, afin de renforcer leurs pouvoirs d'enquête (1). Toutefois, ceux-ci peuvent provoquer certaines atteintes à la vie privée des personnes qui en sont victimes et contre certains principes fondamentaux du droit, comme le principe de la loyauté de la preuve et le droit à un procès équitable. Il en va de même pour les saisies et perquisitions en matière informatique (2).

1) L'évolution des moyens d'investigations des policiers

En principe, les machinations, les artifices et les stratagèmes mis en place par la police sont prohibés. En effet, la jurisprudence canadienne sur la base de l'article 7 de la *Charte canadienne*¹⁴²² et française¹⁴²³ ont interdit les provocations policières puisqu'elles vont à l'encontre des principes fondamentaux d'une société libre et démocratique. Toutefois, au nom de la protection des mineurs, ils ont pris en compte les spécificités du réseau Internet par la mise en vigueur de plusieurs lois d'adaptation¹⁴²⁴. C'est ainsi que certains

¹⁴¹⁸ C.p.p., art. 427. Le principe général en matière de preuve, en common law, est que toute preuve pertinente peut être admissible pour démontrer la culpabilité de l'accusé. Voir : *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 1988 CanLII 80 (C.S.C.).

¹⁴¹⁹ C.p.p., art. préliminaire; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7 et 11; *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 6.

¹⁴²⁰ John A. E. VERVAELE, « Section III – Procédure pénale: Mesures procédurales spéciales et respect des droits de l'homme » (2006, 3/4) 77 *Revue internationale de droit pénal*, 663-669.

¹⁴²¹ COUR DE CASSATION, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) (par M. Pascal Lemoine, conseiller référendaire à la Cour de cassation) », dans *La vérité*, Rapport annuel 2004, La Documentation française, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_2004_couverture.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴²² *Charte canadienne*, préc., note 52; *R. c. Brown*, [1999] 3 R.C.S. 660, 1999 CanLII 670; *Williams c. La Reine*, 1997 CanLII 10632 (QC C.A.); J.E. 97-1230 (C.A.).

¹⁴²³ C.cass.crim., *Schuller*, 27 fév. 1996, *Bull.crim.*, n°93, J.C.P.G.1996.II.22629, note M.-L. Rassat; D.1996.p.346, note Ch.Guéry.

¹⁴²⁴ Au Canada, par exemple : *Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, préc., note 193; *Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 918; *Loi de 2001 modifiant le droit criminel*, préc., note 1138. En France, par

stratagèmes, comme celui de se faire passer pour un mineur, sont devenus réguliers, afin de donner plus de moyens aux services de police, notamment lorsque la preuve à rapporter s'avère difficile du fait de son caractère occulte (a). S'il s'agit d'une nouvelle mesure en droit pénal français, en droit criminel canadien, elle était déjà utilisée par les services de police pour appréhender les « cyberdélinquants ». Désormais, une certaine harmonisation législative règne au niveau des moyens d'enquête, même si la police demande encore certains ajustements¹⁴²⁵. En outre, malgré le principe du secret des correspondances et de l'expectative raisonnable de vie privée, les interceptions de communications électroniques privées ont été autorisées en dépit d'une certaine confusion entre les correspondances publiques et privées, toujours dans le but d'améliorer l'efficacité des pouvoirs d'investigations policières (b). Une précision doit être apportée. En effet, il s'avère que le réseau Internet permet l'usurpation d'identité numérique qui permet à des fins malveillantes d'utiliser « l'identité d'une personne physique ou morale sur Internet pour ouvrir des comptes de messagerie, pour accéder à un site, pour créer un site, pour envoyer des spams »¹⁴²⁶ ou commettre d'autres infractions plus importantes. Dans ce cas précis, l'identification de la personne délinquante est beaucoup plus difficile pour la police mais surtout, une personne innocente pourrait se voir accuser à tort de méfaits, comme celui de diffuser ou d'accéder à de la pédopornographie. Actuellement, les législateurs canadiens et français, appuyé par le législateur européen, essayent de faire de cette usurpation d'identité une infraction¹⁴²⁷.

exemple : *Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, préc., note 745; *Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O. 10 mars 2004, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Décret n° 2007-1620 du 15 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies*, J.O 17 nov. 2007, n° 267, p. 18865.

¹⁴²⁵ Les forces de l'ordre canadiennes « font maintenant pression sur Ottawa pour forcer tous les fournisseurs d'accès à installer un équipement de surveillance sur leurs réseaux » (Caroline TOUZIN, *Débusquer les cybercriminels*, 30 avril 2007, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11310-debusquer-les-cybercriminels.php>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Mais surtout, elles demandent une meilleure coopération de la part de ces prestataires de services Internet (Tristan PÉLOQUIN, *Cybercrime : la police manque de ressources*, 30 avril 2007, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11308-cybercrime-la-police-manque-de-ressources.php>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁴²⁶ Intervention de Michèle ALLIOT-MARIE, Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, *Lutte contre la cybercriminalité*, 14.02.2008, en ligne : <http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/le_ministre/interventions/lutte-cybercriminalite?print_page:int=1>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴²⁷ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art.2 : « Le fait d'utiliser, de manière réitérée, sur un réseau de communication électronique l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles, en vue de troubler la tranquillité de cette personne ou d'autrui, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. « Est puni de la même peine le fait d'utiliser, sur un réseau de communication électronique,

a) Le développement des enquêtes en ligne

Le législateur français, après avoir habilité la police à s'infiltrer pour les infractions relevant de la criminalité organisée¹⁴²⁸, l'a étendu aux crimes et délits relevant de la cybercriminalité, comme les réseaux de proxénétisme, de traite des êtres humains et les réseaux de pédopornographie. En effet, la *Loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*¹⁴²⁹ a élargi les pouvoirs des policiers, dans le cadre de leurs investigations, grâce à l'infiltration policière numérique, afin de traquer de manière plus efficace les utilisateurs de pédopornographie et ainsi diminuer le marché relatif à l'exploitation sexuelle des mineurs¹⁴³⁰. Le législateur français traite donc cette incrimination de manière sévère en lui conférant un régime juridique dérogatoire. Un nouvel article 706-47-3 a ainsi été inséré dans le C.p.p. qui donne l'autorisation aux policiers, « s'ils sont affectés dans un service spécialisé et spécialement habilités à cette fin », de procéder,

« dans le but de constater les infractions mentionnées aux articles 227-18 à 227-24 du code pénal et, lorsque celles-ci sont commises par un moyen de communication électronique, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, (...) aux actes suivants sans en être pénalement responsables :

- 1° Participer sous un pseudonyme aux échanges électroniques ;
- 2° Être en contact par ce moyen avec les personnes susceptibles d'être les auteurs de ces infractions ;

l'identité d'un tiers ou des données qui lui sont personnelles, en vue de porter atteinte à son honneur ou à sa considération » ; *Proposition de loi relative à la pénalisation de l'usurpation d'identité numérique*, Jacqueline PANIS, n° 86, session ordinaire de 2008-2009, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 nov. 2008, en ligne : <<http://www.senat.fr/leg/pp108-086.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), *Loi modifiant le Code Criminel*, (vol d'identité et infractions connexes), projet de loi n° C-27 (2^e lecture et renvoi à un comité – 30 janvier 2008), 2^e sess., 39^{ème} légis. (Can.) ; *Loi modifiant le Code criminel* (vol d'identité), projet de loi n° 362 (dépôt et 1^{ère} lecture – 21 avril 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.) ; *Loi modifiant le Code criminel* (vol d'identité et infractions connexes), projet de loi n° S-4 (débat en 3^e lecture – 11 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

¹⁴²⁸ *Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, préc., note 745.

¹⁴²⁹ *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464. Voir : RECOMMANDATION DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net II : Pédopornographie et pédophilie sur L'Internet*, 25 janv. 2005, en ligne : la Documentation française <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-enfance2-20050125.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴³⁰ En effet, lorsque les policiers ont à faire à du matériel pédopornographique, le mineur a déjà été exploité sexuellement. Ils doivent alors rechercher des preuves et identifier le délinquant avec le risque que l'exploitation sexuelle soit réitérée. Ils doivent ainsi trouver un juste équilibre entre, d'une part, l'accumulation de preuves et, d'autre part, la protection des mineurs. CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 14.

3° Extraire, transmettre en réponse à une demande expresse, acquérir ou conserver des contenus illicites dans des conditions fixées par décret. »¹⁴³¹

Autrement dit, les policiers sont désormais habilités à participer, sous le couvert d'une identité d'emprunt ou fictive, à des échanges électroniques à caractère sexuel avec des mineurs sur le réseau Internet, sans être pénalement responsables. Il s'agit donc de piéger les utilisateurs de pédopornographie qui utilisent les nouvelles technologies de l'information pour commettre leurs méfaits à l'encontre des mineurs, personnes vulnérables. Le législateur souhaite ainsi faire profiter les pouvoirs publics « des avancées technologiques, dans un souci évident d'efficacité »¹⁴³². Ces nouvelles dispositions ont un effet dissuasif¹⁴³³. Effectivement, les enquêtes en ligne proactives permettent la surveillance du réseau par les services de police, une intervention préventive avant qu'un mineur ne soit molesté ou abusé sexuellement, de recueillir des preuves de manière plus simple, une meilleure identification et un meilleur dépistage des contrevenants et enfin, un taux de poursuite élevé de reconnaissance de culpabilité¹⁴³⁴. Cette mesure va ainsi faciliter les moyens d'investigation des policiers français pour démanteler les réseaux de pédopornographie¹⁴³⁵, sans être inquiétés d'être pénalement responsables des infractions qu'ils seraient possiblement amenés à commettre. En d'autres termes, la loi crée un fait justificatif spécial¹⁴³⁶. Par conséquent, les moyens d'investigations s'élargissent pour faciliter le rassemblement des preuves et l'identification des auteurs rendus plus difficile avec Internet¹⁴³⁷.

¹⁴³¹ L'article 706-35-1 C.p.p., inséré par la même loi et rédigé dans les mêmes termes, s'applique aux infractions mentionnées aux articles 225-4-1 à 225-4-9, 225-5 à 225-12 et 225-12-1 à 225-12-4 C.pén.. Voir : A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 47 (Infiltrations numériques).

¹⁴³² COUR DE CASSATION, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) (par M. Pascal Lemoine, conseiller référendaire à la Cour de cassation) », préc., note 1421.

¹⁴³³ J. THORAVAL (dir.), préc., note 112, p. 90. L'effet dissuasif est concrètement visible dans les faits puisque, par exemple, un pédophile « a confondu un pourriel, porteur du ver Sober-Z, avec un avertissement de la police. Pris de panique, il s'est dénoncé lui-même » (*Un pédophile piégé par le ver Sober*, 23 déc. 2005, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200512/23/01-16367-un-pedophile-piege-par-le-ver-sober.php>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁴³⁴ Kimberly J. MITCHELL, Janis WOLAK et David FINKELHOR, « Police Posing as Juveniles Online to Catch Sex Offenders: Is It Working? » (2005) 17 *Sexual Abuse : A Journal of Research and Treatment* n°3, 241-267, p. 262-267; Tony KRONE, « Queensland Police Stings in Online Chat Rooms » (juil. 2005) *Australian Institute of Criminology*, no 301, 1-6.

¹⁴³⁵ Voir : M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 16-19.

¹⁴³⁶ Il est clair que certaines conditions doivent être remplies pour que cette infiltration soit régulière. Il faut en effet l'autorisation préalable d'un juge et spécialement motivée.

¹⁴³⁷ « En ayant habilement recours aux nouvelles technologies, aussi pour commettre les faits que pour tenter d'empêcher l'identification de leurs auteurs et leur permettre d'échapper aux poursuites, elles tendent à revêtir plus largement que par le passé un caractère sophistiqué, occulte, parfois opaque. De son côté, l'accusation

Les réseaux de pédopornographie ont tendance à être souterrains et occultes. Il était donc temps, dans un but d'efficacité, de doter les services de police français de moyens adéquats pour rechercher des preuves, sous réserve du principe de la loyauté de la preuve et d'un procès équitable et impartial. C'est ainsi que l'infiltration est encadrée par certaines conditions. En effet, l'autorité publique ne doit en aucune manière avoir un rôle actif dans la recherche de preuve. D'ailleurs, la sanction est sévère, puisque la provocation policière rend la procédure nulle¹⁴³⁸, même en ce qui concerne « les infractions commises antérieurement et non encore constatées »¹⁴³⁹. En d'autres termes, l'infiltration ne doit servir qu'à la constatation d'une infraction (provocation à la preuve) et, non être une provocation à l'infraction¹⁴⁴⁰. Autrement dit, il est interdit à l'autorité policière d'exercer des pressions, qui équivaldraient à une contrainte morale, sur le suspect pour qu'il commette une infraction à ce moment précis¹⁴⁴¹. En effet, le principe de la loyauté de la preuve interdit d'invoquer des preuves obtenues de manière déloyale, même lorsque « la provocation à la commission de l'infraction (...) a été commise à l'étranger par une autorité étrangère, et ce d'une façon conforme à son propre droit »¹⁴⁴². C'est ainsi que la Cour de cassation française a décidé, dans deux arrêts datant du 7 février 2007 et du 4 juin 2008¹⁴⁴³, que « la création et l'exploitation d'un site de pornographie infantile par un service de

souhaite également profiter des avancées technologiques, dans un souci évident d'efficacité » (COUR DE CASSATION, « La loyauté de la preuve », préc., note 1421). Voir : Georges VERMELLE, « L'immatériel et la répression », dans Angel SANCHEZ DE LA TORRE et autres (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Paris, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1999, p. 213-223, aux pages 215-217.

¹⁴³⁸ C.p.p., art. 706-47-3, dernier al.

¹⁴³⁹ E. VERGÈS, note sous C.cass.crim., 11 mai 2006, *A.J. Pénal*, sept. 2006, p. 354.

¹⁴⁴⁰ C.cass.crim., 11 mai 2006, *Bull.crim.*, 2006, p. 482; n°05-84.837, *Comm.com.électr.* janv. 2007, n°1, comm. 13, A. LEPAGE (« Attendu que porte atteinte au principe de la loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique ou par son intermédiaire; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevable en justice les éléments de preuve ainsi obtenus »); C.cass.crim., 7 fév. 2007, préc., note 1206 (« Porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent public, fût-elle réalisée à l'étranger par un agent public étranger, ou par son intermédiaire »). Cette distinction a été posée par Patrick MAISTRE du CHAMBON dans la note intitulée *La régulation des « provocations policières : l'évolution de la jurisprudence de l'arrêt de la Cour de cassation datant du 2 juillet 1984 (J.C.P.G.1989, I, 3422). CEDH, 9 juin 1998, Teixeira de Castro c. Portugal, Rev. SC.crim.*, 1999, p. 401, obs. R. Koering-Joulin. Voir : Madeleine SANCHEZ, « Flagrance, apparence et provocation ou la souplesse des règles de preuve » (2004) 26 *Recueil Dalloz*, 1845-1848, à la page 1847 (« la provocation « facteur » du délit est interdite, alors que la provocation « révélateur » du délit est permise »). Au Canada : *R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, 1998 CanLII 776; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, 1991 CanLII 84.

¹⁴⁴¹ *Id.*, P. MAISTRE du CHAMBON.

¹⁴⁴² A. LEPAGE, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », préc., note 1029, § 50.

¹⁴⁴³ C.cass.crim., 4 juin 2008, préc., note 1206.

police aux fins d'identifier les pédophiles utilisant Internet »¹⁴⁴⁴ constituaient une provocation à la commission d'une infraction. En effet, les juges en ont déduit que

« [a]ttendu que porte atteinte au principe de loyauté des preuves et au droit à un procès équitable, la provocation à la commission d'une infraction par un agent de l'autorité publique, en l'absence d'éléments antérieurs permettant d'en soupçonner l'existence; que la déloyauté d'un tel procédé rend irrecevables en justice les éléments de preuve ainsi obtenus, quand bien même ce stratagème aurait permis la découverte d'autres infractions déjà commises ou en cours de commission. »¹⁴⁴⁵

Ceci s'explique par le fait que la création d'un site pédopornographique par un service de police étranger, pourtant légal dans ce pays, va nécessairement mener à la commission d'une infraction mise en place par les policiers. Le procédé, dans ce cas, est déloyal. En effet, sans la création de ce site, l'infraction n'aurait peut-être pas été constituée. Les juges vont donc devoir déterminer la frontière entre la simple constatation et la provocation policière, notamment lorsqu'une personne privée est à l'origine du stratagème. En effet, le réseau Internet a développé les infiltrations de particuliers pour démasquer les différents exploiters sexuels de mineurs. Ils deviennent donc plus actifs dans la régulation de ce vecteur¹⁴⁴⁶. C'est ainsi que deux décisions de la Cour de cassation sont intervenues, l'une le 1^{er} octobre 2003¹⁴⁴⁷ et la seconde, le 11 mai 2006¹⁴⁴⁸. À première vue, il serait possible de penser qu'il s'agit d'un revirement mais ce n'est pas le cas. Dans les deux espèces, des particuliers, à l'aide d'une identité d'emprunt, à savoir celle d'une personne âgée de quatorze ans, ont reçu des images de mineurs à caractère pornographique. Dans la première affaire, l'individu, après avoir reçu des photographies à caractère pédopornographique sur un forum de discussion sur Internet, avait décidé de recourir à une identité fictive pour rentrer en contact avec un autre individu qui lui avait indiqué qu'il possédait de la pédopornographie. Après avoir pris rendez-vous avec ce dernier, l'individu infiltré a décidé de le dénoncer à la police qui s'était également rendue au point de rencontre. Par contre, dans la seconde affaire, l'individu agit sous la demande des policiers pour procéder aux mêmes agissements que dans l'espèce précédente. Dans ce cas, le procédé est déloyal, puisque l'individu infiltré « avait, à l'instigation des policiers, incité le prévenu à lui

¹⁴⁴⁴ C.cass.crim., 7 fév. 2007, préc., note 1206.

¹⁴⁴⁵ C.cass.crim., 4 juin 2008, préc., note 1206.

¹⁴⁴⁶ Nous développerons ce point plus loin dans notre démonstration (*Infra*, p. 308).

¹⁴⁴⁷ C.cass.crim., 1^{er} oct. 2003, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bull., n°165, janv. 2004, p. 17; *Recueil dalloz*, 2004, no 26, 1845-1848, note M. Sanchez; *Juris-Data* n°03/84142, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁴⁴⁸ C.cass. crim., 11 mai 2006, préc., note 1439.

transmettre de telles images »¹⁴⁴⁹; contrairement, à la première affaire où l'individu infiltré n'a fait que constater l'infraction. Effectivement, il n'a pas provoqué l'infraction, puisque c'est l'utilisateur de pédopornographie qui lui avait proposé le matériel répréhensible. Par conséquent, ces deux affaires, malgré les apparences, sont différentes et permettent d'en déduire que peu importe qui est infiltré, un particulier ou un policier, le principe de la loyauté de la preuve s'applique dans tous les cas¹⁴⁵⁰. La protection des mineurs ne justifie pas le non-respect des principes fondamentaux. La jurisprudence a néanmoins élargi le champ d'application de l'article 706-47-3 du C.pén. en assimilant les particuliers à des policiers, lorsqu'ils décident de procéder à une infiltration et plus spécialement sous l'instigation des services de police.

Les particuliers peuvent donc se faire passer pour des mineurs pour débusquer les contrevenants utilisateurs de pédopornographie au même titre que les enquêteurs. En effet, l'article 172.1 du C.crim. relatif au leurre et l'article 227-22-1 du C.pén. permettent implicitement à toute personne, se présentant comme un mineur, de communiquer avec une autre personne lui faisant des propositions sexuelles par le biais d'Internet¹⁴⁵¹. D'ailleurs, le législateur canadien a prévu une présomption facilitant la preuve de ce « racolage sexuel », à savoir « [l]a preuve que la personne visée aux alinéas (1)a), b) ou c) a été présentée à l'accusé comme ayant moins de dix-huit, seize ou quatorze ans, selon le cas, constitue, sauf preuve contraire, la preuve que l'accusé croyait, au moment de l'infraction présumée, qu'elle avait moins que cet âge ». Peu importe que la personne à l'origine du stratagème soit un particulier ou un policier¹⁴⁵², le seul fait de croire que le suspect dialogue avec une personne mineure dans le but d'obtenir des relations sexuelles ou du matériel à caractère pornographique suffit à caractériser l'infraction. Par conséquent, toute personne peut procéder à une infiltration pour piéger des individus ayant des comportements illégaux envers les mineurs¹⁴⁵³. Cela favorise la justice privée, surtout s'il n'y a pas de dénonciation

¹⁴⁴⁹ *Id.*

¹⁴⁵⁰ Voir : COUR DE CASSATION, « La loyauté de la preuve », préc., note 1421.

¹⁴⁵¹ Contrairement aux dispositions canadiennes, l'art. 227-22-1 C.pén. ne prévoit que le cas d'une personne majeure qui fait des propositions sexuelles à une personne mineure par le biais d'Internet. Toutefois, le droit criminel canadien incrimine le fait de faire des propositions sexuelles qui seraient indéniablement des infractions prévues par le C.crim., comme les art. 151-153 (1), 155, 160 (3), 163.1, 173(2), 271-273, 280 et 281.

¹⁴⁵² Par exemple : *R. c. Roy*, 2007 QCCQ 857 (CanLII); *R. c. Nafekh*, 2006 QCCQ 23377 (CanLII) (échange avec un policier); *Fortin c. La Reine*, 2008 QCCA 81 (CanLII) (piégé par un particulier).

¹⁴⁵³ En effet, un membre d'une association de victimes ou un parent d'un adolescent peuvent se présenter comme étant un mineur et dialoguer. Il s'agit donc « d'une mesure complémentaire autorisant des officiers et

à la police¹⁴⁵⁴, et peut parfois rendre la procédure plus longue ou déboucher sur un classement sans suite en raison du manque de précaution pris par les particuliers qui, souvent, se dirigent vers la provocation à l'infraction. Dans certains cas, par contre, les services policiers donnent « trop facilement [leur] assentiment, voire [leurs] encouragements à un citoyen particulièrement zélé »¹⁴⁵⁵. Dans tous les cas, il semblerait que le législateur souhaite faire participer activement la société à la régulation d'Internet.

Les infiltrations, en droit criminel canadien, sont pratiquées depuis longtemps, mais sous certaines conditions et en respectant les principes posés par la *Charte canadienne*¹⁴⁵⁶. En effet,

« [i]l y a provocation policière lorsque a) les autorités fournissent à une personne l'occasion de commettre une infraction sans pouvoir raisonnablement soupçonner que cette personne est déjà engagée dans une activité criminelle, ni se fonder sur une véritable enquête, et b) quoi qu'elles aient ce doute raisonnable ou qu'elles agissent au cours d'une véritable enquête, les autorités font plus que fournir une occasion et incitent à perpétrer une infraction. »¹⁴⁵⁷

À la différence du droit pénal français, les policiers peuvent émettre des offres dans le but de faire commettre une infraction à la personne soupçonnée¹⁴⁵⁸, mais ils ne doivent pas

agents de police judiciaire spécialement désignés à s'immiscer anonymement dans les réseaux d'échanges pédophiles, et à collecter les images pédophiles issues de ces échanges » (P. BAUDOIN et É. FREYSSINET, préc., note 1408, p. 62). De nombreux faits divers dans les médias relatent ce genre de faits. C'est ainsi que, par exemple, une adolescente de quatorze ans a réussi à piéger trois pédophiles en moins de cinq minutes sur Internet (*Trois pédophiles piégés en cinq minutes*, 13 juil. 2007, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200707/13/01-10560-trois-pedophiles-pieges-en-cinq-minutes.php>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Un particulier a décidé de se faire passer pour une jeune fille de treize ans et en quelques secondes, des dizaines de réponses sont apparues pour avoir des relations sexuelles. Pour répondre à ce phénomène, des particuliers ont souhaité constituer une vigie de bénévoles pour piéger des bénévoles sur Internet. (Karine GAGNON, *Un piège à pédophiles se tisse*, 06/04/2007, en ligne : <<http://www.canoe.com/archives/infos/societe/2007/04/20070406-092102.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)).¹⁴⁵⁴ En outre, il existe des sites permettant de localiser les personnes, grâce à leur téléphone cellulaire (ex : <<http://www.ootay.fr/Accueil.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Ces sites peuvent être utilisés à mauvais escient et servir notamment à des enquêtes de particuliers qui décident de faire le travail des policiers. Des dérives sont donc susceptibles de survenir. Des précautions doivent donc être prises car il est indéniable que les nouvelles technologies vont permettre une intrusion de plus en plus massive dans la vie privée des individus.

¹⁴⁵⁵ M. SANCHEZ, préc., note 1440, p. 1848.

¹⁴⁵⁶ Les infiltrations policières sont reconnues par la common law et ont été d'abord utilisées pour lutter contre le trafic de stupéfiants. Voir : *R. v. Ormerod*, [1969] 2 O.R. 230; *Kirzner c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 487, 1977 CanLII 38; *R. c. Pearson*, préc., note 1440, *R. c. Brown*, préc., note 1422; *R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, 1999 CanLII 676; *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 7; P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 1399, p. 63-67.

¹⁴⁵⁷ *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, 1988 CanLII 24; *R. c. Barnes*, préc., note 1440.

¹⁴⁵⁸ *Id.*, *R. c. Mack* (donne les facteurs suivants pour déterminer si la police a fait autre chose que d'offrir une occasion).

chercher à « éprouver au hasard la vertu des gens »¹⁴⁵⁹. Autrement dit, ils sont autorisés à faire une simple incitation à commettre une infraction¹⁴⁶⁰. En outre, la provocation policière, sans remettre en cause la responsabilité de l'accusé, peut entraîner un arrêt des procédures si cela est opportun¹⁴⁶¹. Il est donc important de faire attention.

Contrairement au droit français, il est permis aux services de police canadiens de créer de faux sites à caractère pédopornographique pour traquer les utilisateurs de ce genre de matériel¹⁴⁶². Ces différents stratagèmes policiers permettent, néanmoins, la diffusion légale de matériel pédopornographique. En effet, il peut être visualisé, voire transmis, aux personnes suspectes, soit pendant une conversation privée lors d'une infiltration, soit par un faux site. De ce fait, des images ou représentations mettant en scène sexuellement des mineurs sont utilisées et diffusées dans le but ultime de traquer les contrevenants. Le danger est qu'ils peuvent, avant toute intervention policière, transmettre ce matériel à d'autres personnes demandeuses, en raison de la rapidité d'action qu'offrent les nouvelles technologies. Bien sûr, il est fort probable que l'enquête policière retrace et identifie les destinataires de ce matériel pédopornographique. Toutefois, une question se pose. Comment sont choisies les images pédopornographiques qui seront employées dans le but de rechercher des délinquants et ainsi protéger les mineurs contre d'éventuels abus sexuels, sachant que les victimes mineures subissent un préjudice continu et permanent par le biais de la diffusion de ces images?

¹⁴⁵⁹ « Lorsque le secteur est défini avec suffisamment de précision, la police peut fournir à toute personne associée à ce secteur l'occasion de commettre l'infraction en particulier. Pour qu'une personne soit, aux fins en cause, « associée » à un secteur en particulier, il suffit qu'elle y soit présente. Cette façon de procéder au hasard est permise dans le cadre d'une véritable enquête » (*R. c. Barnes*, préc., note 1440) (soulignés tels que dans le texte initial).

¹⁴⁶⁰ *Kirzner c. R.*, préc., note 1456.

¹⁴⁶¹ *R. c. Mack*, préc., note 1457; *R. c. Pearson*, préc., note 1440. Voir : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 1399, p. 607, 820 et 821.

¹⁴⁶² En effet, le Canada, le Royaume-Uni, les États-unis et l'Australie participent à un même projet, l'Opération PIN, qui consiste à lancer un faux site Web piégé offrant de la pédopornographie et ainsi attirer les utilisateurs de ce matériel pour les identifier en ligne (VIRTUAL GLOBAL TASKFORCE, « Operation PIN », dans *What we do*, en ligne : <http://www.virtualglobaltaskforce.com/what_we_do.asp>, (consulté le 23 sept. 2009); Jean-Charles CONDO, *La police tendra des pièges Internet pour pédophiles*, 18 déc. 2003, en ligne : <<http://www.branchez-vous.com/actu/03-12/07-355102.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)). « L'État doit pouvoir utiliser les nouvelles technologies de communication comme Internet s'il s'aperçoit que des crimes y sont perpétrés. Dans ce contexte, les policiers doivent être autorisés à créer des sites Internet afin de décourager les personnes désireuses de se procurer du matériel de pornographie juvénile » (*R. c. Tardif*, préc., note 371).

Une véritable « cybersurveillance » est mise en place grâce à des « cyberpatrouilleurs », afin de contrôler les activités illicites sur le réseau Internet et, plus spécialement celles qui portent atteinte à la vulnérabilité des mineurs. Autrement dit, une authentique traque aux délinquants sexuels sur Internet s'est engagée. D'ailleurs, ces infiltrations donnent un résultat efficace en ce qui concerne les arrestations et les poursuites¹⁴⁶³. Toutefois, pour aboutir à cette performance, les services de police doivent suivre le progrès par le biais d'équipements sophistiqués et technologiques et de formations spécialisées¹⁴⁶⁴. Ceci demande donc un certain investissement que les États ne sont pas toujours prêts à faire¹⁴⁶⁵.

b) Les interceptions de communications électroniques privées

Les interceptions de communications¹⁴⁶⁶ peuvent être effectuées sur Internet, comme n'importe quel autre média du moment qu'elles sont faites sur le territoire national. Cette pratique permet aux services de police d'obtenir des preuves, afin de prouver la culpabilité du suspect. Toutefois, celles-ci représentent un acte grave et portent atteinte à de nombreux principes fondamentaux, comme celui de la confidentialité des communications privées garantie par l'article 8 *Conv.EDH*¹⁴⁶⁷, l'article 2 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*¹⁴⁶⁸ et l'article 8 de la *Charte canadienne*¹⁴⁶⁹. En principe, « [l]e secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques est garanti par la loi »¹⁴⁷⁰. En cas de non-respect, l'interception, effectuée sur n'importe quel support¹⁴⁷¹,

¹⁴⁶³ Voir : K.J. MITCHELL, J. WOLAK et D. FINKELHOR, « Police Posing as Juveniles Online to Catch Sex Offenders: Is It Working? », préc., note 1434; T. KRONE, préc., note 1434.

¹⁴⁶⁴ *Id.*, K.J. MITCHELL, J. WOLAK et D. FINKELHOR, p. 265.

¹⁴⁶⁵ Pourtant la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels* (préc., note 392) prévoit dans son art. 34, al. 1 que « [c]haque Partie adopte les mesures nécessaires pour que des personnes, des unités ou des services en charge des enquêtes soient spécialisés dans la lutte contre l'exploitation et les abus sexuels concernant des enfants ou que des personnes soient formées à cette fin. Lesdits services ou unités doivent disposer des ressources financières adéquates ».

¹⁴⁶⁶ Définition « « intercepter » S'entend notamment du fait d'écouter, d'enregistrer ou de prendre volontairement connaissance d'une communication ou de sa substance, son sens ou son objet » (C.crim., art. 183).

¹⁴⁶⁷ *Conv.EDH*, préc., note 57. Cet article est rappelé par l'art. 1 de la *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications* (J.O. 13 juil. 1991, n°162, p. 9167, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)) (ci-après « *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991* »).

¹⁴⁶⁸ *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, préc., note 57.

¹⁴⁶⁹ *Charte canadienne*, préc., note 52.

¹⁴⁷⁰ *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991*, préc., note 1467, art. 1, al. 1.

¹⁴⁷¹ En effet, les dispositions françaises s'appliquent à toutes interceptions effectuées par la voie des télécommunications. Autrement dit, « le réseau mondial du net et l'intégralité des services qu'il offre, comme

peut constituer une infraction criminelle punie par les articles 226-15 et 432-9 du C.pén. et les articles 183 et 184 du C.crim. Néanmoins, « [i]l ne peut être porté atteinte à ce secret que par l'autorité publique, dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci »¹⁴⁷². Par conséquent, seule l'autorité publique peut recourir à cette pratique, après avoir obtenu l'autorisation préalable d'un juge¹⁴⁷³. En France, la criminalité organisée possède un régime juridique différent qui peut mener à certains abus¹⁴⁷⁴. Au Canada, l'interception peut également se faire lorsque le policier a obtenu le consentement préalable de l'une des parties¹⁴⁷⁵ ou en cas d'urgence¹⁴⁷⁶.

Une distinction doit être mentionnée. En effet, l'approche française ne repose pas « sur l'appréciation d'une quelconque expectative qui, à l'exemple du Canada et des États-Unis, met en exergue les risques d'interception, mais plutôt sur le caractère personnel de la communication »¹⁴⁷⁷. Autrement dit, le problème en droit pénal français se pose au niveau de la détermination du caractère privé ou public de la communication interceptée *via* le réseau Internet par les policiers lors de leurs investigations; contrairement au droit criminel canadien qui se fonde uniquement sur l'attente raisonnable de vie privée lors d'une communication. C'est ainsi que « [c]onsidérant le nombre et la diversité des acteurs Internet disposant d'une capacité technique d'interception, il semblait improbable qu'une communication électronique puisse satisfaire au critère de l'expectative raisonnable de vie

celui de la messagerie électronique, entrent donc dans le champ d'application de la législation relative aux télécommunications » (TGI Paris, 2 nov. 2000, D.2000.IR.286).

¹⁴⁷² *Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991*, préc., note 1467, art. 1, al. 2.

¹⁴⁷³ *Id.*, art. 3 et 4. Certaines interceptions, notamment en rapport avec « la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel scientifique et économique de la France, ou la prévention du terrorisme, de la criminalité et de la délinquance organisées et de la reconstitution ou du maintien de groupements dissous », peuvent être autorisées par le Premier ministre ou par « l'une des deux personnes spécialement déléguées par lui ». C.crim., art. 184, 184.2 (consentement et autorisation), 185 et 186. Voir : C.p.p., art. 100-100-7.

¹⁴⁷⁴ C.p.p., art. 706-95 (autorisation spéciale demandée au juge des libertés et de la détention pour la criminalité organisée). Cette autorisation peut être abusive puisque le juge des libertés et de la détention « ne dispose pas d'emblée des détails sur l'infraction. Il faut en ce sens espérer que les demandes seront suffisamment étoffées pour permettre à ce dernier de prendre des décisions éclairées » (Éric LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », (2008) 30 *R.D.T.I.* 157-189, aux pages 178 et 179).

¹⁴⁷⁵ *Id.*, É. LABBÉ, p. 180-182; C.crim., art. 183.1, 184 (2) a) et 184.1 (protection des agents d'infiltration). Voir : R. c. *Goldman*, [1980] 1 R.C.S. 976 (consentement préalable à l'interception nécessairement); R. c. *Duarte*, préc., note 662 (consentement de tous les participants, sinon interception considérée comme une fouille, une perquisition ou une saisie).

¹⁴⁷⁶ C.crim., art. 184.4 (sans autorisation si des motifs raisonnables de croire que la situation est urgente).

¹⁴⁷⁷ É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 167.

privée »¹⁴⁷⁸. Mais, selon l'arrêt *R. c. Weir*¹⁴⁷⁹, une analogie avec les communications postales et téléphoniques a permis de considérer les courriels électroniques comme ayant un minimum d'expectative raisonnable de vie privée. Toutefois, celle-ci est amoindrie en raison de son manque de sécurité, à moins que le message soit crypté, puisque dans ce cas le caractère confidentiel et privé seraient assurés¹⁴⁸⁰. La jurisprudence française considère que la correspondance privée¹⁴⁸¹ est protégée « dès lors que le contenu qu'elle véhicule est exclusivement destiné par une personne dénommée à une autre personne également individualisée, à la différence des messages mis à la disposition du public; l'envoi de messages électroniques de personne à personne constitue de la correspondance privée »¹⁴⁸². Par conséquent, la confidentialité des correspondances s'applique aux courriers électroniques¹⁴⁸³, aux messageries instantanées et tout autre moyen de discussion électronique répondant à la définition, comme « les news group » et « les news readers »¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁷⁸ *Id.*, É. LABBÉ, p. 161-162 (analogie avec la téléphonie cellulaire qui a été considéré comme n'étant pas une communication privée au sens de l'art. 183 C.crim.; *R. c. Solomon*, [1992] R.J.Q. 2631 (C.M. Montréal), J.E. 92-1573). En outre, il semblerait qu'à la lecture des dispositions du *Code criminel* que « lorsqu'une communication est consignée par écrit, il ne s'agit plus réellement d'une « communication privée » aux fins des dispositions relatives à l'interception des communications en vertu du Code criminel » (MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Accès légal – Document de consultation*, Ottawa, 12 déc. 2008, en ligne : <<http://www.justice.gc.ca/fra/cons/al-la/b.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), « Interception du courrier électronique »).

¹⁴⁷⁹ *R. c. Weir*, 1998 ABQB 56; [1998] A.J. No. 155 (Alta. Ct of Q.B.).

¹⁴⁸⁰ Voir : É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 162 et 163.

¹⁴⁸¹ Définition « correspondance » : « désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts » (TGI Paris, 2 nov. 2000, préc., note 1471). Voir : *A. c. France*, n°14838/89, décision de la Commission du 5 mars 1991, en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=4&portal=hbkm&action=html&highlight=14838/89&sessionid=30882974&skin=hudoc-fr>, (consulté le 23 sept. 2009) (notion large).

¹⁴⁸² *Id.*, TGI Paris, 2 nov. 2000. C.crim., art. 183 : Définition « communication privée » : « Communication orale ou télécommunication dont l'auteur se trouve au Canada, ou destinée par celui-ci à une personne qui s'y trouve, et qui est faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par un tiers. La présente définition vise également la communication radiotéléphonique traitée électroniquement ou autrement en vue d'empêcher sa réception en clair par une personne autre que celle à laquelle son auteur la destine ».

¹⁴⁸³ Définition « courrier électronique » : « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère » (*Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 568, art. 1^{er}). Cette définition a été contestée par le Conseil Constitutionnel dans une décision datant du 10 juin 2004 (C.const., 10 juin 2004, n°2004-496 DC, J.O. n°143, 22 juin 2004, p. 11182, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Il a décidé, puisque cette définition ne prenait pas en compte le caractère privé de la communication, qu'elle n'était qu'une définition technique et que l'autorité judiciaire serait compétente pour déterminer le caractère privé du courrier électronique. Voir : C.cass.crim., 3 fév. 2004, n°03-84.825, Juris-Data n°2004-022448, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009) : « le courrier électronique est assimilable à une correspondance privée, qu'il est protégé par un mot de passe personnel et confidentiel qui est composé par l'utilisateur au moment de sa connexion à Internet ou à sa boîte à lettres électroniques ».

¹⁴⁸⁴ *R. c. Gauthier*, préc., note 999.

Par contre, dès que les messages sont destinés à un public indéterminé, il n'y a plus d'expectative raisonnable de vie privée¹⁴⁸⁵.

L'interception d'un courrier électronique en attente de réception ou de lecture peut poser un problème de définition¹⁴⁸⁶. En effet, l'accès à ce type de message constitue-t-il une interception au sens littéral du terme? La doctrine française est d'avis qu'une différence doit être faite entre deux situations à savoir,

« si la personne a déjà lu son courrier et que celui-ci figure sur le disque dur de son ordinateur, on serait en présence d'une simple lecture et non d'une interception puisque les messages sont parvenus à destination. Au contraire si les messages sont en attente de lecture par le destinataire sur le serveur de son fournisseur de service, les règles de l'interception devront être respectées. »¹⁴⁸⁷

Par conséquent, il y a interception, si et seulement si, le message reçu n'est pas encore lu par la personne destinataire puisque, dans le cas contraire, cela ne correspondrait qu'à une lecture du message prévue par la procédure des saisies et des perquisitions, et non à une interception. La jurisprudence française considère qu'il y a « interception », lorsqu'un branchement ou une modification préalable de l'installation sont effectués, sinon il ne s'agit que d'une simple lecture, comme n'importe quel autre utilisateur¹⁴⁸⁸. Le droit canadien, quant à lui, considère que les messages en transit ou en attente de livraison peuvent aussi bien constituer une interception qu'une perquisition ou une saisie¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸⁵ Voir : *R. c. Morin*, J.E. 96-1251 (C.Q.); É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 168 et 169 (communication au public en ligne : par exemple, la simple consultation d'un site Web et les contributions à un forum de discussion).

¹⁴⁸⁶ En effet, la doctrine et la jurisprudence semblent parfois interpréter la notion « d'interception » de manière large et dans d'autres cas, de façon plus restrictive. Voir : Philippe BELLOIR, « L'application des règles de procédure pénale aux infractions commises sur le réseau Internet » (août/sept. 2002) *Expertises des systèmes informatiques*, p. 293-298, à la page 295.

¹⁴⁸⁷ *Id.*, p. 296; M. QUÉMÉNER et J. FERRY, préc., note 855, p. 235.

¹⁴⁸⁸ C.cass.crim., 25 oct. 2000, Juris-Data n°00-80829, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); E. DREYER, préc., note 311, p. 236.

¹⁴⁸⁹ En interprétant de manière implicite la décision du juge Smith dans l'arrêt *R. c. Weir* (1998, préc., note 1479), il est possible de conclure que les messages en transit ou en attente de réception constitue une interception au sens du *Code criminel canadien* (É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 171 et 172); MINISTÈRE DE LA JUSTICE, INDUSTRIE CANADA ET SOLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Accès légal : Document de consultation*, 25 août 2002, préc., note 1393, p. 19 et 20.

En outre, il est souvent possible sur les « blogues », les réseaux « pair à pair » (P2P) et les forums de discussion d'avoir accès à des bavardages plus privés et donc plus difficiles à surveiller et à contrôler. Certains sont réservés aux mineurs ce qui créent une relative confiance dans cet espace alors qu'ils constituent, malheureusement, « un pôle d'attraction pour les pédophiles »¹⁴⁹⁰. En effet, la pédopornographie est souvent le fruit d'un processus occulte et privé. Les « cyberprédateurs » ont ainsi recours aux messageries instantanées ou aux bavardages privés. Le contrôle est alors difficile, voire périlleux, même en ce qui concerne les interceptions puisqu'il faut, dans ce cas, savoir à quel moment la personne suspecte va dialoguer dans une sphère privée et avoir des soupçons raisonnables de croire qu'elle va commettre, en temps réel, une infraction à caractère sexuel à l'encontre d'un mineur par le biais du réseau Internet. Les investigations policières s'avèrent donc plus chaotiques, puisqu'elles se retrouvent à agir dans une sphère semi-publique et/ou semi-privée et en temps réel, donc en flagrance. C'est ainsi qu'en France, un nouveau *projet de loi n°1697 LOPPSI*¹⁴⁹¹ du 27 mai 2009 a été présenté, afin d'« adapter les techniques d'investigation à l'usage des technologies par les délinquants »¹⁴⁹². En effet, le législateur souhaite donner la possibilité aux services de police de capter des données informatiques en temps réel, sous l'autorité et le contrôle d'un juge, en utilisant des logiciels espions. Par conséquent, il sera désormais possible d'appréhender un individu en flagrance de délit sur le réseau Internet. Bien sûr, une telle mesure doit être bien encadrée, car elle porte gravement atteinte aux libertés individuelles.

De plus, pour mettre en place cette interception légale, il faut obtenir la coopération minimale des prestataires de service Internet pour une meilleure identification et traçabilité des utilisateurs, notamment grâce à l'adresse IP de l'individu suspecté, et des services de police étrangers, lorsque la communication privée présente un élément d'extranéité. En effet, cette collaboration doit se faire de toute part pour le bon déroulement de l'enquête, puisque les nouvelles technologies ont pour principal défaut qu'elles engendrent le dépérissement rapide des preuves. Les législateurs doivent donc prévoir des méthodes d'investigations modernes qui permettront aux policiers une meilleure identification des

¹⁴⁹⁰ P. BAUDOUIN et É. FREYSSINET, préc., note 1408, p. 61.

¹⁴⁹¹ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397.

¹⁴⁹² Michèle ALLIOT-MARIE, *Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure (LOPPSI)*, Dossier de presse, Conseil des Ministres, 27 mai 2009, en ligne : <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/fichiers_joints/dossier_de_presse_LOPPSI.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

suspects, des poursuites et de recherche de preuves. C'est pour cette raison que la captation à distance des données numériques privées, que cela soit des communications ou des correspondances, « se trouvant dans un ordinateur ou transitant par lui »¹⁴⁹³, doit être autorisée, sous contrôle d'un juge, même en dehors du territoire national avec l'accord du pays hôte ou par la mise en place d'accords internationaux¹⁴⁹⁴.

Un *projet de loi C-285 relatif à la modernisation des techniques d'enquête*¹⁴⁹⁵ a été également présenté en février 2009 à la Chambre des communes du Canada, après avoir été délaissé par le gouvernement¹⁴⁹⁶, pour finalement être repris en juin 2009, avec certaines modifications majeures, dans le *Projet de loi C-47, Loi régissant les installations de télécommunication aux fins de soutien aux enquêtes*¹⁴⁹⁷. Ce texte prévoit de faciliter l'interception licite de l'information transmise par télécommunication par l'usage d'un appareil de transmission et l'accès aux renseignements de base sur les abonnés « sans toutefois porter atteinte dûment à la vie privée des particuliers »¹⁴⁹⁸. Il permettrait ainsi aux services de police désignés¹⁴⁹⁹ d'obtenir les coordonnées relatives à l'identification d'une personne suspectée « sur demande écrite »¹⁵⁰⁰, afin de faciliter la procédure. Le législateur français a, pour sa part, prévu ces différents cas dans ses dispositions, conformément à la

¹⁴⁹³ M. ALLIOT-MARIE, *Lutte contre la cybercriminalité*, préc., note 1426.

¹⁴⁹⁴ Le nouveau projet de loi français n°1697 LOPPSI (préc., note 1397, art. 23) prévoit la captation à distance de données électroniques en temps réel.

¹⁴⁹⁵ *Loi régissant les installations de télécommunication en vue de faciliter l'interception licite de l'information qu'elles servent à transmettre et concernant la fourniture de renseignements sur les abonnés de services de télécommunication (relatif à la modernisation des techniques d'enquête)*, projet de loi n° C-285 (dépôt et 1^{ère} lecture – 4 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.).

¹⁴⁹⁶ En effet, un premier projet de loi avait été déposé en 2005 (*Projet de loi C-74 sur la modernisation des techniques d'enquête*, 1^{ère} session, 38^e législature, 53-54 Élisabeth II, Chambre des Communes du Canada, 2004-2005). Voir : MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Accès légal – Document de consultation*, préc., note 1478.

¹⁴⁹⁷ *Loi régissant les installations de télécommunication aux fins de soutien aux enquêtes (Loi sur l'assistance au contrôle d'application des lois du 21^e siècle)*, projet de loi n° C-47 (dépôt et 1^{ère} lecture – 18 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can) (ci-après citée « *Projet de loi C-47* »).

¹⁴⁹⁸ *Id.*; Voir : SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, *Présentation d'un projet de Loi sur la modernisation des techniques d'enquête*, Fiche d'information, Communiqués de 2005 (Archive), 15 nov. 2005, en ligne : <<http://www.securitepublique.gc.ca/media/bk/2005/bk20051115-9-fra.aspx>>, (consulté le 23 sept. 2009); Daniel MOCKLE, « La virtualité et l'État de droit », dans Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Actes de colloque, 23-24 oct. 2007, Les éd. Thémis, Montréal, 2009, en ligne : <<http://www.etatdedroitetvirtualite.net/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 9-59, à la page 29.

¹⁴⁹⁹ *Projet de loi C-47*, préc., note 1497, art. 16 (3) : « Pour l'application du présent article, le commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, le directeur du Service canadien du renseignement de sécurité, le commissaire de la concurrence ou le chef ou directeur d'un service de police constitué sous le régime d'une loi provinciale peut désigner, nommément ou par catégorie, les employés de son organisme dont les fonctions sont liées à la protection de la sécurité nationale ou au contrôle d'application des lois ».

¹⁵⁰⁰ *Id.*, al. (1).

*Convention sur la cybercriminalité*¹⁵⁰¹, mais allant à l'encontre de son principe selon lequel les données relatives à une communication électronique doivent être effacées et anonymes¹⁵⁰². En effet, par exception, les prestataires de services Internet doivent conserver les informations permettant l'identification rapide de leurs utilisateurs, « pour une durée ne pouvant excéder un an »¹⁵⁰³ et les communiquer à tout officier de police judiciaire qui en fait la demande, sous le contrôle du juge¹⁵⁰⁴. En effet, l'autorisation d'un juge reste une condition nécessaire en raison de la présence de données sensibles et, telle que prévue dans la *Convention sur la cybercriminalité*¹⁵⁰⁵.

Le nouveau *projet de loi canadien C-47*¹⁵⁰⁶ ne prévoit pas de réel changement au niveau des pouvoirs de police. En effet, il ne fait que s'attaquer aux problèmes que peuvent poser les nouvelles technologies lors des enquêtes; maintenant ainsi un niveau technologique élevé, afin d'intercepter correctement les communications. Néanmoins, le législateur canadien a prévu une procédure exceptionnelle en cas d'urgence, « pour empêcher la perpétration d'un acte illicite qui causerait des blessures corporelles graves ou des dommages importants à un bien »¹⁵⁰⁷. Dans tous les cas et, conformément à la *Convention sur la cybercriminalité*, les prestataires de services Internet doivent prêter assistance aux

¹⁵⁰¹ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 16-18.

¹⁵⁰² Benoît TABAKA, « Une année de droit de l'Internet: le bilan jurisprudentiel 2006 (1er partie) » 24 (fév. 2007) *RLDI* 75-82, p. 80.

¹⁵⁰³ C.p.p., art. 60-2; *Code des postes et des communications électroniques*, art. L.34-1 et L.39-3; *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 568, art. 6.II; *Directive n°2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication, et modifiant la directive 2002/58/CE*, J.O.C.E. n°L 105/54 du 13/04/2006, p. 54-63, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:FR:PDF> (consulté le 23 sept. 2009) et *Décret n°2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communication électroniques*, J.O. 26 mars 2006, n°73, p. 4609, texte n° 9 (dresse la liste des données à conserver pour la recherche, la constatation et la poursuite des infractions).

¹⁵⁰⁴ C.p.p., art. 60-1, 60-2 (enquête de flagrance), 77-1-1, 77-1-2 (enquête préliminaire) et 99-4. Voir : B. TABAKA, préc., note 1502, p. 80 et 81.

¹⁵⁰⁵ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 18.

¹⁵⁰⁶ *Projet de loi C-47*, préc., note 1497.

¹⁵⁰⁷ *Id.*, art. 17 (1). D'ailleurs, les art. 487.01 et 487.1 C.crim. prévoient le télémandat qui permet d'obtenir un mandat « par téléphone ou autre moyen de télécommunication » et des procédures d'urgences lorsque l'enquêteur aurait besoin rapidement, pour le bon déroulement de son enquête, de la conservation et de la divulgation d'informations détenues par des prestataires de services Internet. L'art. 184.4 C.crim. prévoit la possibilité pour les policiers d'intercepter des communications privées lorsque la situation est urgente et demande une intervention rapide. Mais une autorisation judiciaire *a posteriori* sera nécessaire à l'interception. Voir : É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 179.

autorités compétentes pour collecter ou enregistrer les données informatiques¹⁵⁰⁸. Toutefois, les cybercafés et les ordinateurs publics, par exemple, même si contraints aux mêmes conditions, présentent certaines difficultés en ce qui concernent l'identification et la traçabilité des utilisateurs. En effet, une adresse IP ne permet que d'identifier une machine et non une personne¹⁵⁰⁹. Le problème peut également se retrouver avec les bornes d'accès Wifi, notamment dans les lieux publics, et la téléphonie IP, par exemple « Skype » et « Vonage », puisqu'il est aisé de se connecter à un réseau public ou privé, voire à plusieurs, et ainsi brouiller toutes traces d'identification. D'ailleurs, certaines peuvent même être encryptées, ce qui vient compliquer et complexifier le travail des policiers. Les enquêtes deviennent alors plus difficiles et coûteuses, voire impossibles, en raison de l'insuffisance des ressources¹⁵¹⁰. En outre, les exigences demandées aux fournisseurs de services engendrent des coûts supplémentaires qui peuvent poser des problèmes, notamment lorsque les messages interceptés sont cryptés ou sténographiés¹⁵¹¹. En effet, l'interception et la communication des renseignements occasionnent des dépenses assez conséquentes que le législateur français, suivi par le nouveau *projet de loi canadien C-47*¹⁵¹², a pris en compte en les rémunérant pour les frais occasionnés par les différents types d'interceptions de communications électroniques¹⁵¹³.

¹⁵⁰⁸ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 20 et 21; C.p.p., art. 77-1-1.

¹⁵⁰⁹ Le fait de savoir si l'adresse IP est une donnée à caractère personnel au sens de la *Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite Foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés* (J.O. du 7 janv. 1978, p. 227, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)) est une question importante. En effet, même actuellement, la réponse n'est pas très claire. Toutefois, d'après la jurisprudence récente de la Cour de cassation dans l'arrêt datant du 16 juin 2009, les juges ont décidé que l'adresse IP « ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel ». (C.cass.crim., 16 juin 2009, n°08-88560, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)). Voir : Romain PERRAY, « Adresse IP et données personnelles : un besoin de convergence d'interprétation entre les juges », *Gaz.Pal.* 2009. 1244-1245; Peter J. HUSTINX, « Protection des données à caractère personnel en ligne : la question des adresses IP », (2009/4) 42 *Légicom* 119-125; Claudine GUERRIER, « Les aspects techniques de la régulation des données personnelles : la question du numéro IP », (2009/4) 42 *Légicom* 127-141.

¹⁵¹⁰ Tristan PÉLOQUIN, *Les policiers dans une course technologique*, 30 avril 2007, en ligne: <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11309-les-policiers-dans-une-course-technologique.php>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁵¹¹ Il s'agit de la « dissimulation d'un message dans une image ou un objet sonore, etc » (M. QUÉMÉNER et J. FERRY, préc., note 855, p. 233).

¹⁵¹² *Projet de loi C-47*, préc., note 1497.

¹⁵¹³ *Décret n° 2007-1520 du 22 octobre 2007 portant modification du code de procédure pénale et relatif à la tarification des interceptions judiciaires*, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17485; *Décret n° 2007-1519 du 22 octobre 2007 portant modification du code des postes et des communications électroniques et relatif à la tarification des interceptions de communications électroniques*, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17485; *Arrêté du 22 octobre 2007 pris en application de l'article R. 213-2 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet les interceptions de communications électroniques*, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17486; *Arrêté du 22 octobre 2007 pris en application de l'article D. 98-7 du code des postes et des communications électroniques fixant la tarification applicable aux demandes ayant pour objet les interceptions de communications électroniques*, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17514.

2) Le développement des moyens d'accès au matériel répréhensible à distance

Le droit criminel canadien et français prévoient le cas des fouilles, des perquisitions et des saisies de données informatiques stockées dans un système informatique, dont la découverte serait utile à la manifestation de la vérité. En effet, conformément à la *Convention sur la cybercriminalité*, les articles 164 et suiv. et 487 (2.1) du C.crim. et les articles 57-1 (enquête de flagrance), 76-3 (enquête préliminaire), 97-1 et 99-3 du C.p.p. français donnent la possibilité aux enquêteurs, après avoir obtenu l'autorisation d'un juge, de procéder à une fouille, à une perquisition ou à une saisie d'un système informatique; celles-ci devant s'effectuer en respectant l'article 8 de la *Charte canadienne*¹⁵¹⁴ et l'article 8 de la *Conv.EDH*¹⁵¹⁵. De ce fait, ces actes de procédure criminelle doivent satisfaire les mêmes conditions qu'une fouille, une saisie ou une perquisition traditionnelle¹⁵¹⁶. En effet, elles ne peuvent pas porter atteinte à la vie privée de l'individu¹⁵¹⁷, au secret professionnel et aux droits de la défense¹⁵¹⁸. Dans le cas contraire, elles seraient jugées abusives¹⁵¹⁹. Par conséquent, selon que les données informatiques soient dans la sphère publique ou privée, un mandat sera nécessaire, ainsi que la présence obligatoire de la personne responsable du lieu où s'effectue la perquisition¹⁵²⁰. En principe, les données contenues dans l'ordinateur privé seront considérées comme privées. Par contre, celles qui sont contenues dans un ordinateur public, comme celui qui est utilisé dans le bureau à son travail, bénéficieront que d'une expectative de vie privée réduite¹⁵²¹.

¹⁵¹⁴ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 8 : « Chacun a droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives ».

¹⁵¹⁵ *Conv.EDH*, préc., note 57, art. 8 : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

¹⁵¹⁶ Voir : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 1399, p. 289-350.

¹⁵¹⁷ *Id.*, p. 289. La Cour suprême du Canada a jugé que l'art. 8 de la *Charte canadienne* (préc., note 52) protégeait la personne et non les lieux lorsqu'elle était dans une situation qui demandait une expectative raisonnable de vie privée. Voir : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, 1984 CanLII 33; *R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67, § 16; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 1993 IIJCan 70 (C.S.C.).

¹⁵¹⁸ C.p.p., art. 56-57-1 et 92-99-4. Voir : C.cass.crim., 08 août 2007, Juris-Data n°07-84.252.

¹⁵¹⁹ La Cour Suprême du Canada a conclu qu'« une fouille ne sera pas abusive si elle est autorisée par la loi, si la loi elle-même n'a rien d'abusif et si la fouille n'a pas été effectuée d'une manière abusive » (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 278; *R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60. Voir : P. BÉLIVEAU et M. VAUCLAIR, préc., note 1399, p. 301-305.

¹⁵²⁰ C.crim., art. 487 (2.2); C.pén., art. 57 : « les opérations prescrites par ledit article sont faites en présence de la personne au domicile de laquelle la perquisition a lieu ».

¹⁵²¹ « La saisie du disque dur de l'ordinateur d'un policier accusé de visionnement et d'impression de pornographie juvénile à son travail ne porte pas atteinte à son droit à la vie privée » (*R. c. Gilles Tremblay*, 2001 IIJCan 10360 (QC C.Q); J.E. 2001-1459; req. autor. C.S.C. rejetée le 28 août 2003, [2003] C.S.C.R. No. 233). Voir : *R. c. Weir*, 2001 ABCQ 181; (2001) 156 C.C.C. (3d) 188, C.A. Alta (pédopornographie envoyé

L'article 57-1 du C.p.p. donne la possibilité aux policiers « d'accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système ou dans un autre système informatique, dès lors que ces données sont accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial ». Autrement dit, « les enquêteurs qui perquisitionneraient au départ un ordinateur de l'intranet d'une entreprise seront autorisés à étendre leurs investigations sur tous les autres postes ou composants de l'intranet »¹⁵²². Dans ce cas, cet accès à distance aux données permet de télécharger les courriers électroniques en attente de réception sans recourir aux règles de l'interception de correspondances privées¹⁵²³. Toutefois, ces dispositions ne valent que pour les données stockées sur le territoire national. En effet, lorsqu'elles sont situées « en dehors du territoire national, elles sont recueillies par l'officier de police judiciaire, sous réserve des conditions d'accès prévues par les engagements internationaux en vigueur ». Par conséquent, le législateur français, conformément à l'article 19-2 de la *Convention sur la cybercriminalité*¹⁵²⁴, a prévu les perquisitions à distance « permettant aux services d'enquête d'accéder rapidement aux informations, avec l'accord du pays hôte »¹⁵²⁵. Cette procédure peut prendre plusieurs jours et compromettre l'enquête si les données sont effacées ou plus accessibles¹⁵²⁶. Comme le suggère la Ministre Michèle Alliot-Marie et le Conseil de l'Europe, il faudrait mettre en place des accords internationaux

par courrier électronique, question sur la validité d'une fouille ou saisie); *R. c. Gauthier*, préc., note 999. En principe, le salarié bénéficie d'une expectativa de vie privée qui est limitée en raison de la possibilité pour l'employeur de contrôler son travail à condition, toutefois, « d'utiliser des moyens raisonnables et d'être le moins intrusif possible ». (Indragandhi BALASSOUPROMANIANE, « L'impact en droit du travail », (1^{er} avril 2000) 32 *J.duB.* n°6, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol32/no6/aqdiijcongres.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); Indragandhi BALASSOUPROMANIANE, « L'utilisation des courriels », (1^{er} mars 2001) 33 *J.duB.* n°4, en ligne : en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol33/no4/surlenet.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)). En France, le courriel est une correspondance privée qui ne peut donc pas être rendue publique. Néanmoins, l'employeur peut avertir préalablement son employé qu'il sera surveillé. Voir : C.cass.crim., 16 janv. 1992, n°88-85609, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009) (le secret de la correspondance ne s'applique pas aux courriers professionnels).

¹⁵²² P. BELLOIR, préc., note 1486, p. 294.

¹⁵²³ « Une telle pratique risque toutefois d'être considérée comme un branchement ou une dérivation dont l'artifice ou le stratagème, pour reprendre la formule consacrée, s'apparente dangereusement à une interception » (É. LABBÉ, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », préc., note 1474, p. 174).

¹⁵²⁴ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

¹⁵²⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, *Conclusions du Conseil relatives à une stratégie de travail concertée et à des mesures concrètes de lutte contre la cybercriminalité*, 2908ème session du Conseil Justice et Affaires Intérieures, Bruxelles, les 27 et 28 nov. 2008, en ligne : <http://www.consiliun.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/jha/104345.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 4.

¹⁵²⁶ En effet, les commissions rogatoires internationales, qui permettent de faire les demandes aux pays hôtes, peuvent prendre beaucoup de temps à être mises en place, ce qui peut compromettre l'efficacité de l'enquête.

facilitant ces perquisitions à distance informatique « sans qu'il soit nécessaire de demander au préalable l'autorisation du pays hôte du serveur. Bien évidemment, comme toute perquisition, cette procédure s'effectuera sous contrôle du juge »¹⁵²⁷. Dès lors, le législateur devrait adapter les fouilles, les saisies et les perquisitions aux nouvelles technologies de l'information en les rendant plus internationales, plus faciles et plus rapides au niveau de la procédure, en raison de la volatilité des données informatiques¹⁵²⁸. C'est d'ailleurs le cas avec la création de l'infraction de consultation habituelle de pédopornographie prévue à l'article 227-23, al. 5 du C.pén., qui simplifie le travail d'enquête puisque la simple constatation des faits suffit à qualifier l'incrimination¹⁵²⁹. Il n'y a donc plus besoin de saisir ou perquisitionner le matériel. La procédure est rapide et simplifiée. La simple collecte des adresses IP suffit à constater l'infraction et à identifier le suspect. Là encore, la collaboration des prestataires de services Internet est requise pour mener à bien l'enquête¹⁵³⁰.

Une autre précision doit être apportée. En effet, actuellement, les perquisitions d'un système informatique sont effectuées sur les lieux où se trouvent les données contenues dans un ordinateur avec la possibilité d'accéder à d'autres systèmes à partir du système initial. Il n'est donc pas possible, pour le moment, d'accéder à celles-ci à distance au moyen d'un réseau de communication sans aller sur les lieux et sans la présence de la personne responsable de ces lieux. Toutefois, le législateur français veut prévoir, grâce à son nouveau *projet de loi n°1697 LOPPSI*¹⁵³¹, la « possibilité aux enquêteurs d'utiliser les moyens techniques permettant de capter en temps réel les données informatiques temporairement « posées » telles qu'elles s'affichent pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé ou telles qu'il les y introduit par saisie de caractères »¹⁵³². En d'autres termes, le législateur français veut permettre aux services de police, sous l'autorité et le contrôle du juge, d'utiliser des logiciels espions, comme les chevaux de Troie, pour accéder à des données informatiques, pendant un temps limité¹⁵³³, et sans le consentement préalable des

¹⁵²⁷ M. ALLIOT-MARIE, *Lutte contre la cybercriminalité*, préc., note 1426.

¹⁵²⁸ *Id.*, « L'adaptation de notre législation passera d'abord par une modernisation plus globale de nos méthodes d'investigation ».

¹⁵²⁹ FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *La consultation habituelle d'images pédopornographiques sanctionnée pénalement*, préc., note 465, p. 2.

¹⁵³⁰ Cette collaboration est prévue par le *Code pénal* et le *Code de procédure pénale française*.

¹⁵³¹ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397.

¹⁵³² M. ALLIOT-MARIE, *Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, préc., note 1492, p. 6; *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 23.

¹⁵³³ *Id.*, *Projet de loi n°1697 LOPPSI* : « Les décisions sont prises pour une durée maximale de quatre mois. Si les nécessités de l'instruction l'exigent, l'opération de captation des données informatiques peut, à titre

intéressés¹⁵³⁴. Elle va ainsi plus loin que la perquisition traditionnelle. Une comparaison peut être faite avec les interceptions téléphoniques¹⁵³⁵ et la captation à distance d'images et de sons dans certains lieux ou véhicules¹⁵³⁶. En effet, dans les deux cas, il est possible, sans le consentement de l'intéressé, d'obtenir, au moyen d'un dispositif technique, des informations pouvant aider à la manifestation de la vérité. Néanmoins, une différence subsiste à savoir que cette « cyberperquisition » va pouvoir donner accès à une masse plus importante d'informations, même si le projet de loi prévoit que les éléments en rapport avec la vie privée doivent être effacés¹⁵³⁷. Le législateur a, toutefois, limité ces différentes dispositions à la criminalité la plus grave et les réseaux pédopornographiques n'en font donc pas parties¹⁵³⁸. Cependant, ceux-ci sont souvent en lien avec la criminalité organisée, telle que prévue par l'article 706-73 du C.p.p. Par exemple, la torture et les actes de barbarie, la traite des êtres humains ou encore le proxénétisme sont des infractions connexes à la pédopornographie et sont réprimées par ce texte lorsqu'elles sont commises en bande organisée. De cette manière, les réseaux de pédopornographie sont limités mais de manière indirecte. Dans tous les cas, il s'agit d'actes portant gravement atteintes aux libertés individuelles. Ce projet de loi, même s'il démontre la véritable volonté du législateur français à s'adapter aux nouvelles technologies, amènent certaines réserves, à savoir : est-ce que le fait que les criminels puissent accéder aux données personnelles de n'importe quel internaute, autorise la police à faire la même chose? Cette « cyberperquisition » ne donnerait-elle pas accès à trop d'informations d'un coup? Certains s'inquiètent du fait que cette pratique pourrait être utilisée à l'encontre des policiers eux-

exceptionnel et dans les mêmes conditions de forme, faire l'objet d'une prolongation supplémentaire de quatre mois ».

¹⁵³⁴ « Aucun article prévoit la captation de données informatiques à l'insu de la personne visée » (Michèle ALLIOT-MARIE, *Exposé des motifs du Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, Assemblée Nationale, 27 mai 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl1697.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009), art. 23).

¹⁵³⁵ C.p.p., art. 706-95.

¹⁵³⁶ « L'article 706-96 du code de procédure pénale prévoit certes la captation à distance dans le cadre d'enquêtes de criminalité organisée mais elle est limitée aux images et aux sons. La captation de données informatiques s'avère indispensable pour démanteler des réseaux et trafics qui recourent à des techniques sophistiquées » (M. ALLIOT-MARIE, *Exposé des motifs du Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, préc., note 1534, art. 23).

¹⁵³⁷ « Aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans les décisions autorisant la mesure ne peut être conservée dans le dossier de la procédure » (*Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 23).

¹⁵³⁸ Ces dispositions ne sont applicables que pour la criminalité la plus grave, à savoir celle prévue dans l'art. 706-73 C.p.p. La pédopornographie en bande organisée est réprimée par l'art. 706-74 C.p.p. donc ces mesures ne lui sont pas applicables.

mêmes par les délinquants qui sont souvent doués en informatique et ainsi leur envoyer de fausses informations pour, par exemple, incriminer une autre personne innocente.

En outre, les perquisitions informatiques peuvent poser d'autres difficultés, en plus du problème géographique. D'abord, la perquisition est limitée dans son étendue matérielle à ce que le juge a été saisi. Les enquêteurs ne peuvent donc pas procéder à l'examen complet du contenu d'un ordinateur sans avoir obtenu, préalablement, le mandat de le faire¹⁵³⁹. Dans le cas contraire, ils violeraient les droits au respect de la vie privée et à la liberté d'expression garantis par l'article 2 b) de la *Charte canadienne*¹⁵⁴⁰ et les articles 8 et 10 de la *Conv.EDH*¹⁵⁴¹. Dans ce cas, il s'avère difficile de constater la flagrance, notamment lorsque les données informatiques ont pour tendance d'être volatiles et immatérielles¹⁵⁴². C'est pour cette raison que la Cour de cassation française a élargi cette notion pour l'adapter aux infractions commises à l'aide du réseau Internet¹⁵⁴³. Le nouveau *projet de loi français n°1697 LOPPSI*¹⁵⁴⁴ permettra toutefois de la constater, puisque la captation de données informatiques s'effectuera en temps réel par les services de police.

Le législateur canadien a, quant à lui, préféré élaborer un nouveau projet de loi *C-46, Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la concurrence et la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle*¹⁵⁴⁵, le 18 juin 2009. Ce texte se veut moderne au niveau des services d'enquêtes et souhaite répondre aux difficultés engendrées par les nouvelles technologies de l'information. En effet, il souhaite donner les moyens nécessaires aux policiers en leur donnant de nouveaux pouvoirs. C'est ainsi que des ordonnances de préservation de la preuve électronique, de communication de données concernant la transmission de communications et le lieu d'opérations, de personnes physiques et de choses, ainsi que des mandats visant à obtenir des données de transmission et de localiser les opérations, les personnes physiques et

¹⁵³⁹ R. c. *Gauthier*, préc., note 999.

¹⁵⁴⁰ *Charte canadienne*, préc., note 52. Voir : R. c. *Sharpe*, préc., note 30.

¹⁵⁴¹ *Conv.EDH*, préc., note 57.

¹⁵⁴² P. BELLOIR, préc., note 1486, p. 293.

¹⁵⁴³ Il en va de même pour la détention de pédopornographie, qui est considérée comme une infraction continue. En effet, la Cour « admet que le délit est en train de se commettre tant que les agissements perdurent » (M. SANCHEZ, préc., note 1440, p. 1847; C.cass. crim., 1^{er} oct. 2003, préc., note 1447; C.cass. crim., 26 fév. 2003, Juris-Data n°02-88074, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); COUR DE CASSATION, « Enquête et instruction », *L'égalité*, Rapport annuel 2003, La Documentation française, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_2003_optimise.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁵⁴⁴ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 23.

¹⁵⁴⁵ *Projet de loi C-46*, préc., note 1145.

les choses¹⁵⁴⁶. Ces modifications permettent donc de rendre l'accessibilité à la preuve plus facile. En outre, les procédures d'entraide juridique en matière criminelle sont facilitées, notamment au niveau des mandats¹⁵⁴⁷. En effet, il sera désormais possible de demander un mandat par tout moyen de télécommunication¹⁵⁴⁸. Toutefois, la question du respect à la vie privée peut se poser et donc de la constitutionnalité de certaines dispositions. Effectivement, le législateur canadien semble vouloir donner la possibilité aux « agent de la paix ou fonctionnaire public (...) [d']ordonner à toute personne de préserver des données informatiques qui sont en sa possession ou à sa disposition au moment où l'ordre lui est donné »¹⁵⁴⁹. De ce fait, il est clair que ce nouveau pouvoir peut être envisagé comme une immixtion importante de la part de l'État dans la vie privée des individus¹⁵⁵⁰. Celle-ci est, d'ailleurs, considérée, en principe, comme illégale par la Cour suprême du Canada, dans son arrêt *Hunter c. Southam*¹⁵⁵¹. De plus, la délivrance d'un mandat doit nécessairement se faire par une personne qui soit « en mesure d'agir de façon judiciaire. Notamment, il ne doit pas s'agir d'une personne investie de pouvoirs d'enquête ou de poursuite en vertu du régime législatif pertinent »¹⁵⁵². La constitutionnalité de cette disposition pourrait valablement être soulevée.

De surcroît, pour saisir les données nécessaires à la manifestation de la vérité contenues sur le réseau et conformément à la *Convention sur la cybercriminalité*¹⁵⁵³, les policiers peuvent procéder à une copie de celles-ci – une « copie miroir » - sans compromettre leur intégrité¹⁵⁵⁴. Il s'agit le plus souvent d'une copie intégrale du disque dur, afin de respecter la vie privée de la personne saisie. En effet, cette pratique est « faite avec des logiciels ou des dispositifs matériels spécialement conçus, qui exclut toute prise de connaissance par quiconque du contenu des éléments copiés », mais surtout elle permet « de ne pas modifier

¹⁵⁴⁶ *Id.*, art. 15 à 21.

¹⁵⁴⁷ *Id.*, art. 31 et suiv.

¹⁵⁴⁸ *Id.*, art. 42.

¹⁵⁴⁹ *Id.*, art. 487.012.

¹⁵⁵⁰ Voir : Alain-Robert NADEAU, *Techniques d'enquêtes et consultation*, 25 juin 2009, en ligne : <<http://www.droit-inc.com>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁵⁵¹ *Hunter c. Southam Inc.*, préc., note 1517.

¹⁵⁵² *Id.*

¹⁵⁵³ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 19-3. Cette saisie doit respecter certaines prérogatives, telles que « a. saisir ou obtenir d'une façon similaire un système informatique ou une partie de celui-ci, ou un support de stockage informatique; b. réaliser et conserver une copie de ces données informatiques; c. préserver l'intégrité des données informatiques stockées pertinentes; d. rendre inaccessibles ou enlever ces données informatiques du système informatique consulté ».

¹⁵⁵⁴ C.crim.; art. 164 et suiv.; C.p.p., art. 56 et 76.

les dates des derniers accès aux fichiers »¹⁵⁵⁵. L'expectative de vie privée est alors à son niveau le plus haut, puisque la copie concerne l'intégrité des supports informatiques. Bien sûr, celle-ci doit être utile, placée sous séquestre et ne doit en aucune manière être divulguée hors du contrôle du juge sans, au préalable, qu'un filtrage et un triage des informations strictement nécessaire soit effectué¹⁵⁵⁶. En outre, selon l'article 164.1 (5) et (6) du C.crim., le tribunal peut ordonner au gardien de l'ordinateur d'effacer la pédopornographie ou l'enregistrement voyeuriste qui sont rendus accessibles au moyen d'un ordinateur. Les services de police peuvent également les effacer définitivement, en cas de non saisi, si « la détention ou l'usage est illégal ou dangereux pour la sécurité des personnes ou des biens »¹⁵⁵⁷. Par conséquent, les investigations policières permettent la suppression partielle du matériel pédopornographie du marché.

Enfin, il est possible d'avoir accès, parfois même gratuitement, à des logiciels permettant de faire un nettoyage quotidien du disque dur de l'ordinateur et ainsi faire disparaître toutes traces informatiques¹⁵⁵⁸. Il s'avère qu'en pratique, ils ne sont pas aussi efficaces et les services de police sont capables, dans bien des cas, de restaurer une partie des données ainsi effacées. Ils possèdent, effectivement, du matériel sophistiqué, par exemple, des logiciels pour faciliter les perquisitions, pour ne pas modifier les données contenues dans le disque dur, pour détecter des images et des vidéos pédopornographiques et pour identifier les victimes¹⁵⁵⁹. Le problème avec la technologie est qu'elle exploite ce que la personne informaticienne décide de programmer et de détecter, afin de constater une infraction. C'est

¹⁵⁵⁵ François WALLON, « Des difficultés rencontrées lors des saisies informatiques ou des constats opérés sur des systèmes informatiques », *Comm.com.électr.* juin 2007. n°6, Étude 15, 19-22, à la page 20.

¹⁵⁵⁶ *Id.*, p. 22.

¹⁵⁵⁷ C.p.p., art. 56, al. 6. Voir : P. BELLOIR, préc., note 1486, p. 295.

¹⁵⁵⁸ Par exemple : logiciel CCleaner, Eraser et RegSeeker.

¹⁵⁵⁹ En effet, « [d]es techniques particulières ont ainsi été développées ou acquises en matière de disques durs défectueux, de reconnaissance automatisée des images pédopornographiques, d'analyse de grands volumes de données ou plus récemment dans l'exploitation des mémoires électroniques des téléphones portables qui sont de plus en plus utilisées pour capturer subrepticement des images de mineurs, voire des vidéos. Intégralement développé par des ingénieurs de l'IRCGN, MARINA est un logiciel permettant la détection automatisée et rapide sur un disque dur – par exemple au cours d'une perquisition – des images et vidéos pédopornographiques référencées, et ce sans modifier les données contenues dans le disque dur » (P. BAUDOIN et É.FREYSSINET, préc., note 1408, p. 65). Il existe également la base de données d'images Childbase qui permet d'identifier les délinquants sexuels et de comparer les images des victimes stockées dans la base de données. Voir : Duncan WALKER, *Hi-Tech Tool Against Paedophiles Unveiled*, BBC News Online, 24 juil. 2003, en ligne : <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/uk_news/politics/3091663.stm>, (consulté le 23 sept. 2009); CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 14 (base de donnée de reconnaissance informatisée).

ainsi que se pose le problème récurrent des images suggestives¹⁵⁶⁰, de la « pseudo-pédopornographie »¹⁵⁶¹ et du terme ambivalent de « jeune fille » ou de « lolita »¹⁵⁶². En effet, celles-ci peuvent représenter certaines difficultés pour les policiers, même si la loi prévoit ces cas en mettant en place une présomption de minorité qui permet de sanctionner tous documents qui utilisent l'image réelle ou virtuelle du mineur dans un contexte sexuel¹⁵⁶³. Aucun risque n'est pris en ce qui concerne la protection des mineurs. Tout matériel présentant un mineur dans une position à caractère sexuellement explicite doit être incriminé et supprimé. Mais comme nous l'avons plusieurs fois souligné¹⁵⁶⁴, l'identification de l'âge de la victime sur le matériel incriminé et les problèmes reliés à la multitude de définitions de pédopornographie ne facilitent pas la qualification de l'infraction et, donc le travail des policiers.

B) La neutralité technologique du droit criminel: le dilemme entre la prévisibilité technique et juridique

La technologie est indéniablement prise en compte par le législateur, soit par la création de nouvelles infractions, soit par une modification législative aussi bien en droit criminel matériel qu'en procédure criminelle¹⁵⁶⁵, mais d'un point de vue neutre. En effet, le *Code pénal français* et le *Code criminel canadien* ont très tôt fait preuve de neutralité technologique ce qui leur a permis de considérer de nouvelles situations, qui pourtant à l'époque n'étaient pas forcément envisageables. Toutefois, cette neutralité peut poser certaines difficultés notamment au niveau de sa signification et de son interprétation juridique¹⁵⁶⁶. La jurisprudence et la doctrine semblent en désaccord sur le sens à donner à cette expression qui s'avère, au bout du compte, plus compliquée que simple (1). Le principe de la légalité, qui oblige la clarté et la prévisibilité de la loi pénale, est alors remis en cause. Les nouvelles technologies, dont le réseau Internet, ont certaines spécificités qu'il

¹⁵⁶⁰ *Supra*, p. 187.

¹⁵⁶¹ *Supra*, p. 196.

¹⁵⁶² CA Paris, 6 fév. 2001, préc., note 797; E. DREYER, préc., note 311, p. 430. Voir : *Supra*, p. 268.

¹⁵⁶³ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 19; C.pén., art. 227-23, al.7; C.crim., art. 163.1 (1).

¹⁵⁶⁴ *Supra*, p. 17.

¹⁵⁶⁵ Il faut préciser que l'évolution rapide des nouvelles technologies de l'information a rendu, à certains égards, le droit maladroît en raison de sa volonté d'être réactif aux changements. Néanmoins, trop légiférer dans un même domaine peut rendre le droit obsolète, voire inefficace.

¹⁵⁶⁶ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 31 et suiv.

faut prendre en considération pour que les dispositions législatives soient plus précises et donc plus efficaces (2). Cette volonté d'être neutre technologiquement peut, dans certains cas, retarder l'intervention législative qui se retrouve être en marge de la société comme, au contraire, lui permettre d'être inscrite dans son temps et s'appliquer à toutes situations nouvelles sur n'importe quel support et ainsi apparaître comme une source de protection.

1) Un concept à interprétations multiples

Pour éviter que la loi devienne rapidement obsolète, les législateurs canadiens et français ont eu recours aux notions de la « neutralité technologique »¹⁵⁶⁷ et de l'« équivalence fonctionnelle »¹⁵⁶⁸ afin de permettre au droit de s'appliquer dans toutes situations nouvelles sans tenir compte de la technologie utilisée ou en raisonnant par analogie d'une technique à l'autre. C'est ainsi que le législateur parvient à maintenir l'application des normes juridiques à travers les progrès technologiques. Il s'agit donc de ne pas faire de discrimination entre les diverses techniques susceptibles d'être employées, voire de permettre « l'interchangeabilité des supports et des technologies »¹⁵⁶⁹. Par conséquent, la « neutralité technologique », selon Pierre Trudel et Daniel Poulin, se définit comme la « [c]aractéristique d'une loi qui énonce les droits et les obligations des personnes de façon générique, sans égard aux moyens technologiques par lesquels s'accomplissent les activités visées. La loi est désintéressée du cadre technologique spécifique mis en place »¹⁵⁷⁰. Autrement dit, la loi ne doit ainsi privilégier aucune technologie au détriment d'une autre¹⁵⁷¹ et mettre l'accent sur le résultat sans tenir compte du moyen technologique utilisé¹⁵⁷². Par contre, l'« équivalence fonctionnelle » se définit comme la possibilité

¹⁵⁶⁷ Concept issu des travaux de la CNUDCI.

¹⁵⁶⁸ *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.R.Q., c. C-1.1, art.1 : « 3° l'équivalence fonctionnelle des documents et leur valeur juridique, quels que soient les supports des documents, ainsi que l'interchangeabilité des supports et des technologies qui les portent ».

¹⁵⁶⁹ *Id.*

¹⁵⁷⁰ Pierre TRUDEL et Daniel POULIN (dir.), *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, texte annoté et glossaire*, Centre de recherche en droit public, sept. 2001, disponible à l'adresse suivante : http://www.autoroute.gouv.qc.ca/loi_en_ligne/glossaire/g109.html, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁵⁷¹ *Id.*

¹⁵⁷² « Un tel objectif ne pouvait être poursuivi que par l'adoption de définitions techniques finalistes (ou normes de résultat), par ailleurs favorables au développement de technologies concurrentielles : dans un contexte de libre marché, il est rarement souhaitable de choisir exclusivement une technologie particulière pour assurer un objectif légal ». « On oppose la norme de résultat à la norme de moyen, qui concerne seulement une technologie particulière. Une norme dont l'application vise la cryptographie asymétrique (norme de moyen) se distingue, par exemple, d'une norme relative aux technologies assurant la confidentialité

d'interchanger les différentes technologies sans distinction notamment en se référant par analogie lorsqu'elles remplissent les mêmes conditions juridiques. De ce fait, les documents papiers et électroniques possèdent la même « valeur juridique »¹⁵⁷³. En résumé, la première est une « neutralité des lois vis-à-vis des technologies » alors que la seconde est une « neutralité des technologies »¹⁵⁷⁴. Certains auteurs considèrent que les deux notions se valent alors que d'autres y voient une distinction fondamentale¹⁵⁷⁵. Néanmoins, il semblerait que l'équivalence fonctionnelle soit « l'élément de matérialisation de la neutralité technologique »¹⁵⁷⁶. En d'autres termes, il s'agit du corollaire au concept dogmatique de la neutralité technologique¹⁵⁷⁷. Celle-ci s'avère conditionnelle dans le sens que la condition d'équivalence fonctionnelle doit être préalablement remplie pour arriver au résultat à savoir, la neutralité technologique¹⁵⁷⁸.

Appliquée au droit criminel, la notion de « neutralité technologique » est véritablement un dogme, voire un principe substantiel. Le législateur a souhaité être neutre technologiquement en ne se référant à aucune technologie en particulier et en usant des termes suivants à savoir « le fait, par tout moyen », « de quelque manière que ce soit », « par quelque moyen que ce soit » ou « quel qu'en soit le support »¹⁵⁷⁹. Par conséquent, « les incriminations définies dans le code pénal s'appliqueront aussi dans le cyber-espace et que les sanctions doivent être identiques, que l'infraction soit commise en ligne ou hors

d'un contenu numérique (norme de résultat) » (É. LABBÉ, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, préc., note 1400, p. 2).

¹⁵⁷³ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 32; Jean-François DE RICO et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, vol. 298, *Développements récents en droit criminel*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 1, à la page 8.

¹⁵⁷⁴ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 34.

¹⁵⁷⁵ *Id.*, p. 32: « En effet, si certains considèrent clairement que le concept s'attache aux lois, d'autres prétendent que les technologies sont neutres. Les premiers affirment que le concept se définit par le fait, pour une loi ou un règlement, de ne pas favoriser une technologie plutôt qu'une autre. Les seconds tendent à avancer que la technologie est neutre dans le sens où elles offrent toutes des capacités de communications similaires ».

¹⁵⁷⁶ V. GAUTRAIS, *Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies*, préc., note 1024, p. 7.

¹⁵⁷⁷ *Id.*, p. 4; J.-F. DE RICO et D. JAAR, préc., note 1573, p. 8; V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 34-39; V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2, p. 4.

¹⁵⁷⁸ Éric A. CAPRIOLI, « Que veut dire neutralité technologique? Du concept au principe général du droit », préc., note 1, fiche 11 et 15.

¹⁵⁷⁹ « Le code pénal (dans sa lettre nouvelle) a pris soin de généraliser la description des procédés de commission de l'infraction » (G. VERMELLE, préc., note 1437, p. 218 et 219).

ligne »¹⁵⁸⁰. L'objectif est de « permettre une meilleure harmonisation des lois »¹⁵⁸¹, une meilleure stabilité et souplesse du droit en facilitant l'introduction des nouvelles technologies dans le droit, sans forcément modifier les textes juridiques¹⁵⁸². C'est ainsi que les incriminations traditionnelles contenues dans le *Code pénal français* et le *Code criminel canadien*, selon le concept de la neutralité technologique, sont susceptibles de s'appliquer à toutes les infractions commises à l'aide des nouvelles technologies¹⁵⁸³. Par exemple, le recel, l'escroquerie, l'abus de confiance, voire la diffamation, ne changent pas même réalisés par le biais d'un moyen de communication électronique¹⁵⁸⁴. L'application de ce principe permet l'application dans le temps de la loi et au droit criminel, souvent réputé d'être en retard et conservateur, de s'aligner sur l'innovation technologique¹⁵⁸⁵. Toutefois, le *Code criminel canadien* n'est pas aussi neutre technologiquement que peut l'être le français. Effectivement, il s'avère que le législateur préfère avoir recours à l'expression « des moyens mécaniques ou électroniques »¹⁵⁸⁶ qui possède indéniablement une valeur moins englobante et neutre que celles employées par le *Code pénal français*. En outre, il est clairement fait référence à une technologie particulière dans l'article 172.1 du C.crim. relatif au leurre qui emploie les termes « au moyen d'un ordinateur ». Cependant, un récent projet de loi¹⁵⁸⁷, repris quelques mois plus tard dans un autre¹⁵⁸⁸, souhaite y remédier en

¹⁵⁸⁰ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *La délinquance informatique au regard du droit pénal français*, ministère de la justice italienne, 2000, en ligne : <<http://www.giustizia.it/cassazione/convegni/dic2000/nedelec.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

¹⁵⁸¹ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 38; V. GAUTRAIS, *Fictions et présomptions: outils juridiques d'intégration des technologies*, préc., note 1024, p. 5.

¹⁵⁸² É. A. CAPRIOLI, « Que veut dire neutralité technologique? Du concept au principe général du droit », préc., note 1, fiche 7.

¹⁵⁸³ « Application du vieux droit au neuf » (propos de Vincent GAUTRAIS, *Droit des TI - Évolution ou révolution ?*, Conférence *Droit du commerce électronique: un droit différent?*, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques, Chaire L.R. Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Montréal, 2 oct. 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/-Le-droit-du-commerce-electronique.108->>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁵⁸⁴ S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 1029 (Typologie des infractions traditionnelles commises au moyen d'un ordinateur).

¹⁵⁸⁵ « En l'occurrence, les tribunaux répressifs n'ont jamais refusé d'appliquer le code pénal, au motif qu'il n'aurait pas à régir les infractions commises dans le monde des réseaux comme les y incitaient les avocats de certains prévenus. Il s'agit là d'une réaction traditionnelle des magistrats qui, par exemple, ont fait application, lorsqu'ils ont été confrontés aux innovations technologiques, des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (écrite) à toutes les inventions nouvelles: la photographie (Tribunal Correctionnel de la Seine 26.12.1895); la radio (Tribunal Correctionnel de Bourges 19.07.1934); le cinéma (Cour d'Appel de Dijon 8.01.1936); le phonogramme (17.01.1971) » (MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, préc., note 1580, p. 6).

¹⁵⁸⁶ L'art. 163.1 relatif à la pédopornographie et l'art. 162 relatif au voyeurisme contiennent cette expression plus restrictive même si elle permet de prendre en compte un grand nombre de technologies différentes.

¹⁵⁸⁷ *Loi modifiant le Code criminel (moyens de communication liés à une infraction de leurre)*, projet de loi n°C-293 (dépôt et 1^{ère} lecture – 5 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.) (utilisation de l'expression française « par quelque moyen que ce soit »).

élargissant le champ d'application de cette infraction dans les termes suivants, « par tout moyen de télécommunication ». La neutralité technologique n'est pas aussi importante dans un système juridique de tradition de *common law* que dans celui de tradition civiliste. En effet, les juges du premier système juridique, malgré le respect du principe de la légalité du droit, peuvent interpréter les dispositions législatives de manière plus large que l'objectif poursuivi par le législateur, afin de faire évoluer plus vite le droit. Ils possèdent donc une plus grande liberté que leurs pairs de tradition « romaniste », qui doivent s'en tenir à la lettre de la loi.

Néanmoins, un bémol rentre dans le paysage de la neutralité technologique. Cette notion dogmatique crée indéniablement un certain manque de précision et de prévisibilité aussi bien au niveau technique que juridique. De ce fait, il existe indéniablement un risque de modifier, voire d'affaiblir, la portée des textes en raison notamment des diverses interprétations suggérées, malgré l'obligation de respecter le principe de la légalité des peines et des délits dont celui de la certitude de la norme juridique et l'interprétation stricte de la loi pénale¹⁵⁸⁹. En effet, la jurisprudence ne semble pas bien maîtriser ce concept flou, ce qui parfois donne des décisions extravagantes qui ont tendance à blâmer plus facilement la technologie que de se préoccuper réellement de l'infraction commise¹⁵⁹⁰ ou à la limite de la légalité¹⁵⁹¹. Or, « la technologie a une incidence directe tant sur la substance, les relations humaines que sur les valeurs qu'elle implique »¹⁵⁹². Elles opèrent donc « des changements suffisamment importants pour considérer qu'elles ne sont pas sans incidences sur le droit »¹⁵⁹³.

¹⁵⁸⁸ *Projet de loi C-46*, préc., note 1145, art. 3.

¹⁵⁸⁹ É. LABBÉ, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, préc., note 1400, p. 2.

¹⁵⁹⁰ En effet, les juges québécois ne semblent pas maîtriser correctement ce principe au point de faire d'ailleurs une distinction entre les supports papiers et électroniques. C'est ainsi qu'ils ont rendu, par exemple, deux décisions allant à l'encontre du concept de neutralité technologique. *Dupéré c. www.voyagesarabais.com*, 2006 QCCQ 9539, 4 août 2006, AZ-50391392 et *Banque Laurentienne du Canada c. Abdul-Wahab*, 2001 CanLII 151 (QC C.S.). V. GAUTRAIS, *Neutralité technologique : qu'en pensent les juges ?*, préc., note 1. Voir : l'affaire Lori Drew où les juges se préoccupent plus du moyen utilisé pour commettre l'infraction d'intimidation d'un mineur par une majeur (Danah BOYD, *Reflections on Lori Drew, bullying, and solutions to helping kids*, Blog, 30 nov. 2008, en ligne : <<http://www.zephoria.org/thoughts/archives/2008/11/>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁵⁹¹ COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », préc., note 1330 (Infraction de recel).

¹⁵⁹² V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 31; V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2, p. 3.

¹⁵⁹³ *Id.* « La couleur du consentement électronique ».

2) L'exigence de prendre en compte les spécificités de la technologie

En considérant toutes les technologies comme similaires, la loi criminelle oublie de prendre en compte les spécificités de certaines innovations. C'est d'ailleurs pour cette raison que le législateur français a créé une exception importante au principe de la neutralité technologique¹⁵⁹⁴. Il a érigé en circonstance aggravante le réseau Internet en ce qui concerne certaines infractions notamment en rapport avec la pédopornographie. En effet, l'utilisation des réseaux de communications est une circonstance aggravante pour, par exemple, l'infraction de corruption de mineur¹⁵⁹⁵, de diffusion d'images pédopornographiques sur les réseaux¹⁵⁹⁶ et d'attentat à la pudeur sur mineur de quinze ans¹⁵⁹⁷. Par conséquent, Internet a été considéré comme une innovation technologique différente des autres en lui aménageant un régime juridique spécifique. Cela démontre une certaine crainte, raisonnée ou non, à l'égard de ce média en le traitant de manière distincte. Dans ce cas, le législateur français ne fait pas preuve de neutralité technologique. Ceci s'explique par le fait que les préjudices subis par le biais de ce réseau ont pour tendance à être continus en raison de la difficulté à les retirer complètement de la toile et à être plus important puisque la diffusion devient mondiale. Au Canada, il en va différemment, mais un projet de loi feuilleton souhaite s'aligner sur la particularité française¹⁵⁹⁸. En outre, le législateur français a fait preuve de légèreté en modifiant récemment le *Code pénal* puisqu'il a remplacé, notamment dans l'article 227-23, les termes « réseau de télécommunications » par ceux de « réseau de communications électroniques » par la *Loi du n° 2007-297 du 5 mars 2007*¹⁵⁹⁹. D'où la question de savoir s'il faut y voir une neutralité

¹⁵⁹⁴ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, préc., 1580, p. 6.

¹⁵⁹⁵ C.pén., art. 227-22.

¹⁵⁹⁶ C.pén., art. 227-23.

¹⁵⁹⁷ C.pén., art. 227-26.

¹⁵⁹⁸ « La présente loi a pour objet d'interdire le recours à Internet pour promouvoir, représenter ou décrire illégalement des activités sexuelles illicites impliquant des enfants ou pour faciliter la participation à de telles activités » (*Loi visant à interdire l'utilisation d'Internet pour la diffusion de documents pornographiques impliquant des enfants*, projet de loi n° C-209 (dépôt et 1^{ère} lecture – 21 novembre 2008), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Can.), art.3). Le premier projet de loi fût émis le 6 avril 2006 pour être par la suite mis aux oubliettes (*Projet de loi C-214, Loi visant à interdire l'utilisation d'Internet pour la diffusion de documents pornographiques impliquant des enfants*, 1^e session, 39^e législature, 55 Elizabeth II, Chambre des Communes du Canada, 6 avril 2006).

¹⁵⁹⁹ *Loi du n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464, art. 35.

ou une différenciation technologique? Selon les définitions données à ces deux expressions, il s'avère qu'elles regroupent la même chose mais une incertitude demeure¹⁶⁰⁰.

Les particularités des technologies doivent donc être prises en compte puisqu'elles amènent de nouvelles manières d'appliquer et d'envisager le droit. En effet, il est illusoire de croire que le progrès n'influence pas le droit¹⁶⁰¹. Le législateur a donc introduit certaines particularités dans les lois pour les rendre plus efficaces et les inscrire dans leur temps. C'est ainsi que de nouvelles règles sont apparues en ce qui concerne, par exemple, la conservation des preuves, la recherche et la collecte de preuve électronique, l'analyse de cette preuve et l'identification des victimes. Les logiciels et les supports électroniques sont rentrés dans le travail des policiers¹⁶⁰². Même si ces changements ont pour la plupart apporté un allègement et une certaine rapidité à l'enquête¹⁶⁰³, il n'en reste pas moins que certains éléments, au contraire, posent de réels problèmes. En effet, le réseau Internet, en plus de favoriser l'interchangeabilité de l'identité, est un vecteur qui permet d'emmagasiner un nombre impressionnant d'informations qui, par ailleurs, augmente constamment son volume. Celui-ci pose quelques difficultés aux policiers qui doivent y rechercher les informations pertinentes pour constituer en preuve et les analyser¹⁶⁰⁴. Cette procédure peut

¹⁶⁰⁰ Définition « télécommunication » : TGI Paris, 2 nov. 2000, préc., note 1471; définition « réseau de communications électroniques » : *Directive n°2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »)*, J.O.C.E. n°L 108 du 24/04/2002, p. 33–50, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:FR:PDF>, (consulté le 23 sept. 2009), art. 2 a). Une décision de la Cour de cassation rendue le 10 mai 2005 (*Bull.crim.*, n°144) a décidé que « le réseau Internet constituait un moyen de communication audiovisuelle, au sens de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication » (COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », préc., note 1330). Il semble donc y avoir un certain flou juridique sur ce que représente le réseau Internet.

¹⁶⁰¹ V. GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », préc., note 1395, p. 31; V. GAUTRAIS, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, préc., note 2, p. 3.

¹⁶⁰² Christian LEDUC, *Logiciel québécois contre la pornographie juvénile*, 26 mars 2008, en ligne : http://techno.branchez-vous.com/actualite/2008/03/un_logiciel_quebecois_fait_bon.html, (consulté le 23 sept. 2009); GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *Système d'analyse contre la pornographie juvénile*, Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants, 17 nov. 2008, en ligne : <http://www.rcmp-grc.gc.ca/ncecc-cncc/cets-fra.htm#il>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁰³ P.-É. LAVOIE, préc., note 1416, « La complexité relative à l'intervention policière dans le cyberspace »; « De l'univers physique à l'univers virtuel : l'Internet en tant que nouvelle scène de crime » : « Naît ainsi un nouveau domaine technique, la collecte de preuve informatique, qui englobe les processus d'identification, de préservation, d'analyse, et de présentations des preuves numériques d'une manière qui et légalement acceptable »; N. SOULLIÈRE, préc., note 1417, p. 77.

¹⁶⁰⁴ *Id.*, P. -É. LAVOIE : « La collecte de preuves numériques fait face à de nombreux défis qui réduisent son potentiel. (...) Premièrement, parmi l'océan d'informations qui circulent sur la Toile, il est difficile de cibler les informations pertinentes ».

demander beaucoup de temps et être coûteuse. Il en va de même en ce qui concerne le cryptage et la stéganographie¹⁶⁰⁵ des données qui est un véritable enjeu pour la police¹⁶⁰⁶. Cette méthode « ralentit considérablement les enquêtes informatiques puisque les informations sont rendues inaccessibles »¹⁶⁰⁷. C'est pour cette raison que le législateur français a introduit, par la *Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne*¹⁶⁰⁸, un titre IV relatif à « la mise au clair des données chiffrées nécessaires à la manifestation de la vérité »¹⁶⁰⁹. Désormais, il est donné la possibilité aux juges d'ordonner le déchiffrement des données saisies. De plus, lorsque « la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement et que les nécessités de l'enquête ou de l'instruction l'exigent », le juge « peut prescrire le recours aux moyens de l'État soumis au secret de la défense nationale »¹⁶¹⁰. Les décisions judiciaires prises dans ce cadre « n'ont pas de caractère juridictionnel et ne sont susceptibles d'aucun recours »¹⁶¹¹. Il existe une procédure similaire en droit criminel canadien. En effet,

« les forces de l'ordre peuvent tenter de persuader le cybercriminel de fournir volontairement la clé pour déchiffrer les données. Dans le cas où cette avenue est improbable, il est toujours possible de faire une demande pour obtenir un mandat qui permettra d'installer à l'insu du contrevenant un enregistreur de frappe qui pourra capter le code de déchiffrement. En cas d'échec, l'action de dernier recours est de tenter de briser le code de chiffrement. »¹⁶¹²

Par conséquent, aussi bien au niveau du droit français que canadien, plusieurs moyens sont mis à la disposition des enquêteurs pour décrypter les données nécessaires à la manifestation de la vérité. Mais, la procédure peut s'avérer difficile, longue et coûteuse¹⁶¹³. Dans tous les cas, il est indéniable que les législateurs vont devoir prendre en compte cette technologie qui peut indéniablement bloquer une enquête dans un but d'efficacité et prévoir

¹⁶⁰⁵ Définition « stéganographie » : « l'objet de la stéganographie est de faire passer inaperçu un message dans un autre objet » (en ligne : <<http://fr.wikipedia.org/wiki/St%C3%A9ganographie>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁶⁰⁶ N. SOULLIÈRE, préc note 1417, p. 77.

¹⁶⁰⁷ P. -É. LAVOIE, préc., note 1416.

¹⁶⁰⁸ *Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne*, J.O. 16 nov. 2001, n°266 ; en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnTexteDeJorf?numjo=INTX0100032L>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁰⁹ C.pén., art. 230-1-230-5.

¹⁶¹⁰ C.pén., art. 230-1, al. 3.

¹⁶¹¹ C.pén., art. 230-4.

¹⁶¹² P.-É. LAVOIE, préc., note 1416 : « De l'univers physique à l'univers virtuel : l'Internet en tant que nouvelle scène de crime ».

¹⁶¹³ *Id.*; Russell SMITH, *Investigating cybercrime : barriers and solutions*, Australian Institute of Criminology, 11 sept. 2003, en ligne : <http://www.aic.gov.au/conferences/other/smith_russell/2003-09-cybercrime.html>, (consulté le 23 sept. 2009).

des procédures plus rapides afin de ne pas retarder, voire bloquer, les investigations policières.

II. L'internationalisation du droit criminel : vers une coopération en expansion

Une des caractéristiques spécifiques au réseau Internet, qui pose certaines difficultés, est son aspect international. En effet, « l'internationalisation de la criminalité (...) justifie l'internationalisation du droit pénal lui-même »¹⁶¹⁴. Cela impose, de la part des États, une remise en cause de leur souveraineté, pourtant si chère à ces derniers. Toutefois, ils essaient de trouver un certain équilibre en mettant en place des coopérations et en signant des conventions internationales. Les infractions commises par le biais d'Internet, leurs auteurs et leurs victimes revêtent un aspect d'extranéité qui nécessairement crée des conflits de juridiction et de lois. En outre, les différences de culture et de valeurs morales posent également un important problème dans cette harmonisation des législations. Chaque pays a sa vision de la morale et plus particulièrement sa représentation de la sexualité et des mineurs. Comme nous l'avons déjà souligné, il existe de multiples définitions de la pornographie et des conceptions variées de la majorité sexuelle des mineurs¹⁶¹⁵. Ces désaccords rendent inévitablement les coopérations juridiques laborieuses (A). Néanmoins, la mondialisation entraîne des réflexions communes et des ententes internationales¹⁶¹⁶. Autrement dit, un certain consensus moral émerge. Il tend vers la mise en place d'un droit pénal, voire d'un ordre public international (B). En effet, les États ont trouvé des points de ralliements, comme celui de la protection des mineurs, afin de rendre leurs législations plus efficaces et plus effectives en développant des coopérations et en harmonisant leurs lois¹⁶¹⁷. Le réseau Internet provoque une mondialisation de la société et, par conséquent, du droit.

¹⁶¹⁴ V. MALABAT, préc., note 113.

¹⁶¹⁵ *Supra*, p. 18.

¹⁶¹⁶ La coopération s'inscrit dans une vision mondiale puisque l'accent est mis sur « la nécessité de mener, en priorité, une politique pénale commune destinée à protéger la société de la criminalité dans le cyberspace, notamment par l'adoption d'une législation appropriée et par l'amélioration de la coopération internationale » (*Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, préambule).

¹⁶¹⁷ Il faut nécessairement prendre en compte l'aspect international d'Internet pour une meilleure effectivité des législations. (Maximilien AMEGEE, *La protection des mineurs sur Internet : la problématique de la pornographie*, DESS de Droit des Nouvelles technologies et systèmes de l'information – DEA de Théorie générale et philosophie du droit, Belgique, 2004, en ligne : <<http://memoireonline.free.fr/protection-des-mineurs-sur-internet.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 5).

A) La présence de multiples discordes

Le principal obstacle, qui rend la coopération internationale laborieuse, est la volonté des États de préserver l'intégrité de leur souveraineté nationale alors que le réseau Internet est clairement international. Pour remédier à cette porosité des frontières induite par le réseau Internet, les législateurs ont trouvé une parade. En dérogeant au principe de la territorialité¹⁶¹⁸, ils ont étendu la compétence de la loi au-delà des limites du territoire national. La plupart des dispositions relatives à la lutte contre l'exploitation sexuelle des mineurs et la pédopornographie sont alors devenues extraterritoriales¹⁶¹⁹. En réponse aux infractions à caractère international commises sur le réseau Internet, la loi est devenue extensible en s'appliquant à toutes infractions qui présentent un quelconque lien avec le territoire national. C'est ainsi que le législateur français a décidé que la loi pénale française s'appliquait « à tout crime commis par un Français hors du territoire national »¹⁶²⁰; à tout délit « si les faits [sont] punis par la législation du pays où ils ont été commis »¹⁶²¹ et « lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction »¹⁶²². Toutefois, la poursuite des délits ne peut être faite qu'à la requête du ministère public, à la suite d'une plainte de la victime, « ou de ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis »¹⁶²³. Des exceptions ont été dégagées : pour plusieurs infractions commises « à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables »¹⁶²⁴. Autrement dit, il n'y a pas besoin de réciprocité d'infraction entre les pays, ni de « plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle par l'autorité du pays où le fait a été commis »¹⁶²⁵. Dans ce cas, la poursuite du crime ou du délit est simplifiée puisque, peu importe la loi du pays étranger, seul le respect de la loi nationale du ressortissant est applicable, soit la loi française, sans tenir compte des différentes conditions restrictives d'application. L'article 7 du C.crim. revendique une

¹⁶¹⁸ C.pén., art. 113-2 et suiv.; C.crim., art. 8. Voir : C.cass.crim., 27 juin 1973, *Bull.crim.*, n°305; C.cass.crim., 1^{er} mars 2000, *Bull.crim.*, n°101, *RSC* 2000.814, obs. Boulloc.

¹⁶¹⁹ FONDATION SCELLES, préc., note 54, p. 174 et suiv.

¹⁶²⁰ C.pén., art. 113-6, al. 1.

¹⁶²¹ C.pén., art. 113-6, al. 2.

¹⁶²² C.pén., art. 113-7.

¹⁶²³ C.pén., art. 113-8. Voir : C.cass.crim., 30 avril 1954, *Bull.crim.*, n°148; C.cass.crim., 24 nov. 1998, *Bull.crim.*, n°312; D.1999.IR.37.

¹⁶²⁴ Par exemple : C.pén., art. 222-22 ; 225-11-2 ; 225-12-3 ; 227-27-1 ; 436-3 et 511-1-1.

¹⁶²⁵ C.pén., art. 113-8.

compétence extraterritoriale spécifique pour certaines infractions dont celles d'ordre sexuel impliquant des enfants¹⁶²⁶. D'ailleurs, un nouveau projet de loi canadien souhaite étendre cette extraterritorialité de la loi pour l'infraction de leurre¹⁶²⁷. Par conséquent, les États préfèrent appliquer leurs lois à tous leurs citoyens, même en dehors de leur territoire national, que de recourir aux conventions internationales qui n'ont pas de véritable aspect contraignant. Le droit criminel national, ainsi relié à la personnalité, devient universel¹⁶²⁸. Par ailleurs, cela le rend plus sévère puisqu'il va nécessairement s'appliquer à toutes les situations, même hors du territoire national.

En outre, il ne faut pas oublier que les valeurs morales et culturelles de chaque pays sont également un bémol à l'internationalisation du droit et plus spécialement en ce qui concerne le droit criminel. À ce sujet, la sexualité et les mineurs représentent un thème qui peut amener certaines mésententes importantes. Comme nous l'avons précédemment traité dans notre première partie, la définition de la pédopornographie et la majorité sexuelle posent des problèmes d'harmonisation ainsi que la pédopornographie virtuelle ou la pseudo-pédopornographie qui ne sont pas sanctionnées par tous les pays¹⁶²⁹. La détermination de l'âge des victimes peut s'avérer un vrai casse-tête pour les enquêteurs surtout si les législations diffèrent d'un pays à l'autre¹⁶³⁰. Certains pays préfèrent se préoccuper des mineurs ne possédant pas la majorité sexuelle¹⁶³¹. Bien sûr la présomption

¹⁶²⁶ C.crim., art. 7 (4.1): « Malgré les autres dispositions de la présente loi ou toute autre loi, le citoyen canadien ou le résident permanent au sens du paragraphe 2(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui, à l'étranger, est l'auteur d'un fait — acte ou omission — qui, s'il était commis au Canada, constituerait une infraction aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3), aux articles 163.1, 170, 171 ou 173 ou au paragraphe 212(4) est réputé l'avoir commis au Canada ».

¹⁶²⁷ *Loi modifiant le Code criminel (leurre d'un enfant à l'étranger)*, projet de loi n° C-294 (dépôt et 1^{ère} lecture – 5 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.).

¹⁶²⁸ O. ITEANU, *Tous cybercriminels : la fin d'Internet?*, préc., note 1408, p. 238.

¹⁶²⁹ Dans certains pays notamment sous-développés, il existe des coutumes difficilement conciliables avec les législations actuelles de protection des mineurs. En effet, il est considéré comme acceptable de se marier ou d'offrir une personne mineure à une personne majeure comme, par exemple, pour les mariages précoces. Ceci crée inévitablement un manque d'harmonisation des législations. Voir : *Supra*, p. 18.

¹⁶³⁰ Il est parfois difficile de déterminer les critères physiques d'un mineur. Voir : C.cass.crim., 4 fév. 2004, préc., note 1087; TGI Paris, réf., 2 juil. 2007, préc., note 443.

¹⁶³¹ « En raison des différences existant entre les pays, sur le plan des définitions juridiques et des mentalités des services de police locaux, il est de plus en plus probable que, dans les faits, les seuls cas où la coopération entre différentes forces de l'ordre nationales ne se heurte à aucun obstacle juridique soient ceux dans lesquels les jeunes gens ayant participé à des activités pornographiques n'ont de toute évidence pas encore atteint l'âge correspondant au « plus bas dénominateur commun ». En pratique, cela signifie que la coopération entre les forces de police nationales ne peut probablement être garantie que lorsque les victimes n'ont manifestement pas encore atteint la puberté ou lorsqu'il n'existe aucune indication corporelle ou autre tendant à prouver que l'enfant ait atteint un stade de maturité sexuelle » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 15).

de minorité est un élément qui facilite le travail des enquêteurs canadiens et français¹⁶³². Il en va également de même en ce qui concerne la politique pénale de chaque pays, dont les priorités sont différentes¹⁶³³. Les difficultés liées à la compétence territoriale et juridictionnelle sont aussi à prendre en compte. En effet, chaque État veut être compétent et faire valoir sa souveraineté en cas d'infraction ce qui peut rendre la coopération difficile et les procédures longues et coûteuses. C'est d'ailleurs pour ces diverses raisons que la coopération se fait souvent de manière informelle afin de combler les lacunes, mais surtout pour améliorer la rapidité et l'efficacité des enquêtes qui demandent, dans le cas d'Internet, d'agir le plus tôt possible¹⁶³⁴. Par conséquent, il est clair que les enquêtes relatives au réseau Internet doivent obligatoirement se faire dans une bonne coopération internationale si elles veulent être efficaces. Pour le moment, l'aspect international et les lacunes dans les réglementations sont des points positifs pour les délinquants qui profitent de ces faiblesses pour commettre leurs infractions.

B) Un certain consensus moral : un droit pénal international en construction

Le fait que le réseau Internet soit mondial a une répercussion non négligeable sur l'élaboration du droit¹⁶³⁵ et encore plus, par le fait que la problématique de la pédopornographie a engendré des textes ou des ententes internationales qui favorisent les ressemblances législatives. Celles-ci démontrent l'engouement envers le nouvel enjeu qu'est Internet et la mondialisation des préoccupations, à savoir la protection des mineurs. En effet, la pédopornographie semble incontestablement rassembler les pays, comme le prouve l'article 9 de la *Convention sur la cybercriminalité*¹⁶³⁶. Celui-ci est un premier pas

¹⁶³² *Supra*, p. 196.

¹⁶³³ « Les efforts entrepris dans ce domaine se heurtent notamment à l'obstacle suivant : le taux d'utilisation d'Internet variant selon les pays, tous les membres n'accordent pas le même degré de priorité à la lutte contre cette forme de criminalité » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie enfantine*, préc., note 55, p. 33).

¹⁶³⁴ P. -É. LAVOIE, préc., note 1416, « 3. Le caractère international de la cybercriminalité »; R. SMITH, préc., note 1613.

¹⁶³⁵ Jean PRADEL, « La mondialisation du droit pénal : enjeux et perspectives » (2001) 35 *R.J.T.* 241-272.

¹⁶³⁶ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56. Les autres textes internationaux relatifs à la protection des mineurs viennent également conforter cette idée de coopération comme par exemple la *Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels* (préc., note 392, art. 38, 42 et 43).

vers l'élaboration d'un droit pénal international¹⁶³⁷. C'est ainsi que le contrôle des contenus circulant sur Internet est devenu la principale préoccupation, afin de protéger les mineurs qui représentent les premiers utilisateurs de ce média. L'accès au réseau a donc été contrôlé, pour interdire la diffusion de certains contenus, comme la pédopornographie¹⁶³⁸. Celle-ci possède donc une place primordiale dans la réglementation du réseau Internet et dans son contrôle. En effet, l'objectif recherché par le législateur est la sécurité et donc l'absence de risque de préjudice pour les mineurs. C'est pour cette raison que la « censure » représente la solution choisie par un bon nombre de pays, malgré la volonté de développer Internet¹⁶³⁹.

La prise de conscience de l'existence d'une « cybercriminalité », comme l'infraction de pédopornographie, a permis le développement des coopérations judiciaires et policières de manière plus prononcées¹⁶⁴⁰. Les États européens ont ainsi mis en place EUROPOL¹⁶⁴¹ et EUROJUST¹⁶⁴² toujours dans cette perspective de collaboration et ils ont institué le mandat d'arrêt européen¹⁶⁴³. Au plan international, il existe l'organisation d'INTERPOL et le Virtual Global Taskforce (VGT)¹⁶⁴⁴. Ils veulent aller plus loin dans leurs démarches en ayant recours à des équipes communes d'enquêtes et d'investigations¹⁶⁴⁵. Une véritable coordination nationale et internationale des opérations se dégage afin, par exemple,

¹⁶³⁷ Voir : E. DE MARCO, préc., note 1025, Chap. II.

¹⁶³⁸ CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, préc., note 55, p. 33.

¹⁶³⁹ Le *Projet de loi n°1697 LOPPSI* (préc., note 1397) prévoit, dans son art. 4, de mettre à la charge des fournisseurs d'accès à Internet l'obligation d'empêcher les utilisateurs d'accéder aux contenus relatifs à la pédopornographie. L'autorité administrative leur notifiera une liste des sites dont ils devront interdire l'accès immédiatement.

¹⁶⁴⁰ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56, art. 25 et suiv. (l'entraide); C.pén., art. 694-695-10.

¹⁶⁴¹ *Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de police (Convention Europol)* (95/C 316/01), J.O.C.E. n°C 316 du 27/11/1995, p. 1-1, en ligne : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F1127\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F1127(01):FR:HTML) (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁴² *Décision n°2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité*, préc., note 1069.

¹⁶⁴³ *Décision-cadre n°2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres*, J.O.C.E. n°L 190 du 18/07/2002, p. 1-18, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:FR:PDF>, (consulté le 23 sept. 2009); V. MALABAT, préc., note 113; C.pén., art. 695-11-695-51.

¹⁶⁴⁴ « The VGT is made up of the Australian Federal Police, the Child Exploitation and Online Protection Centre in the UK, the Italian Postal and Communication Police Service, the Royal Canadian Mounted Police, the US Department of Homeland Security and Interpol. Jim Gamble, the Chief Executive of the Child Exploitation and Online Protection Centre is the Chair of the VGT » (en ligne : <http://www.virtualglobaltaskforce.com/>), (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁴⁵ CONSEIL DE L'EUROPE, *Conclusions du Conseil relatives à une stratégie de travail concertée et à des mesures concrètes de lutte contre la cybercriminalité*, préc., note 1525, p. 3.

d'interpeller tous les suspects de pédopornographie le même jour, « pour éviter que les premiers avertissent les autres et les conduisent à tenter d'effacer toute trace de leurs méfaits »¹⁶⁴⁶. D'ailleurs, les opérations internationales effectuées contre les réseaux de pédopornographie démontrent l'efficacité de ces collaborations¹⁶⁴⁷. Il semblerait qu'un certain ordre public international se dessine. Il s'agit de la protection des mineurs face à l'exploitation sexuelle sur Internet¹⁶⁴⁸. Des bases de données communes ont vu également le jour ainsi que des procédures criminelles en vue de rendre le droit plus efficace¹⁶⁴⁹. Mais un risque est à entrevoir en ce qui concerne ces bases de données, surtout en ce qui concerne les délinquants sexuels¹⁶⁵⁰. En effet, dans le but ultime de protéger les mineurs, certains pays ont décidé de rendre ces dernières accessibles au grand public : cette démarche peut contribuer ainsi à créer un climat d'insécurité et de crainte, mais aussi d'ouvrir la « chasse aux sorcières »¹⁶⁵¹.

Section2: Une certaine sévérité et médicalisation des peines

La société actuelle est devenue une « « société de risque » fixée sur les moyens de réduire le risque « imminent » de comportements criminels » en se préoccupant essentiellement

¹⁶⁴⁶ P. BAUDOIN et É. FREYSSINET, préc., note 1408, p. 66.

¹⁶⁴⁷ Voir : AGENCE FRANCE-PRESSE, « Vaste opération de police internationale contre la pédophilie sur Internet », *Le Monde*, 16 mars 2005; LA PRESSE CANADIENNE, « Pornographie juvénile : neuf Canadiens arrêtés lors d'une opération mondiale », *Le devoir*, 16 janv. 2008, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/2008/01/16/>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁴⁸ « [C]es observations devront conduire aussi à nous interroger sur le contenu d'une possible définition commune d'un ordre public international en ces domaines d'activités. Des réponses devront être apportées à ces questions pour qu'une solution commune soit trouvée qui permette d'échapper à une situation objective qui pour l'instant assure une prééminence de fait aux États-Unis » (Jean-Jacques LAVENUE, « Souveraineté et Internet : la nécessaire définition d'une souveraineté fonctionnelle », dans Karim BENYEKHLEF et Pierre TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Actes de colloque, 23-24 oct. 2007, Les éd. Thémis, Montréal, 2009, en ligne : <<http://www.etatdedroitvirtualite.net/>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 81-121, aux pages 97, 106 et suiv.

¹⁶⁴⁹ « Des bases de données informatisées, centralisées et équipées de fonctions de reconnaissance numérique sont également en cours de constitution, l'objectif étant à la fois d'identifier les victimes et de surveiller les nouvelles images qui arrivent sur le marché. Le marché de la pornographie étant international, il est logique que les forces de l'ordre nationales unissent leurs efforts dans ce domaine. Il faudra être particulièrement vigilant en ce qui concerne la sécurité et l'utilisation des images ainsi stockées » (CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantine*, préc., note 55, p. 14). Bien sûr, il faut que les bases de données soient compatibles entre-elles.

¹⁶⁵⁰ *Supra*, p. 343.

¹⁶⁵¹ Les États-Unis donnent accès aux bases de données qui recensent les délinquants sexuels. En effet, le voisinage est informé de la présence d'un délinquant sexuel dans son quartier. Il est également possible de le savoir par soi-même grâce au site <<http://www.mapsexoffenders.com/>>.

« des questions de criminalité et de sécurité »¹⁶⁵². Le sentiment d'insécurité et la pression de l'opinion publique « donnent l'impression que l'État n'arrive plus à garantir la sécurité de tous »¹⁶⁵³. C'est pour ces raisons que des modifications législatives au niveau du droit et de la procédure criminelle ont eu lieu, comme en France, dans la détermination des peines des récidivistes sexuels¹⁶⁵⁴. En effet, celles-ci sont devenues plus sévères aux fils des années¹⁶⁵⁵, mais surtout elles ont tendance à revêtir un caractère médical qui était autrefois quasi inexistant en France. C'est ainsi que « [s]i cette prise en charge, apparemment, n'est plus d'ordre moral, mais médical, il n'est peut-être pas inutile de rappeler le lien généalogique direct qui paraît exister entre le moralisme et l'hygiénisme et qui a d'ailleurs amené Cabanis au début du XIXe siècle à définir le médecin comme le « surveillant de la morale comme de la santé publique » »¹⁶⁵⁶. La justice semble avoir changé de paradigme en

¹⁶⁵² COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 13; « Media representations tend to exaggerate the threat of crime and to promote policing and punishment as the antidote. This is likely to accentuate fear, and thus support for law and order policies. Because of organizational exigencies as much as ideological reasons, the media present viewpoints on crime and criminal justice policy which—though not monolithic—are loaded towards official perspectives » (Robert REINER, « Media Made Criminality : The Representation of Crime in the Mass Media », dans Mike MAGUIRE, Rod MORGAN et Robert REINER (dir.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002, en ligne : <<http://www.sociology.org.uk/as4mm4b.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 407).

¹⁶⁵³ Sonja SNACKEN, « Justice et société : une justice vitrine en réponse à une société en émoi ? L'exemple de la Belgique des années 1980 et 1990 », (2001) XXXIII *Sociologie et sociétés*, n°1, 107-137, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001712ar.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 107; Pierrette PONCELA, « La question de la récidive », (2005) *Rev.sc. crim.* 613.

¹⁶⁵⁴ Martine HERZOG-EVANS, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *Recueil Dalloz*.2006.chron.182; Marie-Hélène RENAUT, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la Récidive, De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », (2000) *Rev.sc. crim.* 319. Voir les lois suivantes : *Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne*, préc., note 1608; *Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, préc., note 1424; *Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, J.O. n°66 du 19 mars 2003, p. 4761, texte n° 1 ; J.O. n°129 du 5 juin 2003, p. 9561, texte n° 2 (rectificatif), en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, J.O. 13 déc. 2005, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006*, préc., note 87; *Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance*, préc., note 464; *Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, J.O. 11 août 2007, n°185, p. 13466, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009); *Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental*, J.O. 26 fév. 2008, n°0048, p. 3266, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁵⁵ En effet, les peines applicables aux récidivistes ont pour particularités d'être plus sévères (C.pén., art. 132-8-132-16-6). D'ailleurs, le législateur français a même décidé de créer une nouvelle catégorie de récidivistes, ceux qui réitérent des infractions pénales (art. 132-16-7 du même code). Voir : Bruno LAVIELLE, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », (1999) *Rev.sc. crim.* chron.35.

¹⁶⁵⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, préc., note 18, p. 69; Robert CASTEL, *L'ordre psychiatrique, L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Éd. de minuit, 1976, p. 141.

essayant d'être plus objective et, en séparant le droit et la morale, mais il n'en est rien. Elle renoue clairement avec les idéologies anciennes fondées sur la science et la médecine, dont l'objectif est de garantir la sécurité de la société¹⁶⁵⁷. Elle met ainsi en exergue les idées de l'ancien droit et de la théorie de la défense sociale nouvelle, depuis longtemps prises en compte au Canada¹⁶⁵⁸. Celle-ci insiste sur le fait que la société doit se protéger de l'état dangereux des criminels¹⁶⁵⁹. La justice est alors devenue plus préventive, centrée sur la sûreté de la société, afin d'épargner de nouvelles victimes, notamment mineures. Par conséquent, tous les risques de danger pour les citoyens, futures victimes, doivent être éliminés, comme les délinquants dangereux (I). Concrètement, il s'agit de personnes présentant un état dangereux pour l'ensemble de la société, ce qui inclut les délinquants sexuels qui possèdent un régime juridique hors du droit commun (II). Après avoir placé les criminels qui prennent la vie en haut de la hiérarchie des valeurs, les délinquants sexuels viennent les détrôner, en raison notamment de l'émoi de l'opinion publique et des médias centrés sur les infractions sexuelles. En effet, « pour l'instant la principale figure de l'insécurité reste les pervers sexuels et l'idée de dangerosité le fixe comme bouc émissaire de nos peurs »¹⁶⁶⁰.

¹⁶⁵⁷ *Id.*, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, p. 68 et 69; Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 24: « Une autre vérité a pénétré celle qui était requise par la mécanique judiciaire une vérité qui, enchevêtrée à la première, fait de l'affirmation de culpabilité un étrange complexe scientifico-juridique ».

¹⁶⁵⁸ Voir : P. LANDREVILLE, préc., note 1405.

¹⁶⁵⁹ Voir : Cesare LOMBROSO, PINATEL, Enrico FERRI et Rafaelo GARAFALO. L'auteur Marc ANCEL a dégagé six idées phares de la défense sociale nouvelle moderne : « [i]l s'agit pas seulement de faire expier une faute mais de protéger la société »; « [i]l convient d'attacher une importance particulière à la prévention individuelle »; « [l]'action de resocialisation ne peut se développer que par une humanisation toujours croissante du droit pénal nouveau »; « [i]l faut s'appuyer sur l'étude scientifique de la personnalité du délinquant »; « [e]lle se distingue du totalitarisme en ce qu'elle considère que la Société n'existe que par l'homme et pour l'homme » et « [e]lle s'appuie donc en définitive sur une philosophie politique aboutissant à ce que l'on peut appeler un *individualisme social* » (Jean DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », (2008) V *Champ pénal*, en ligne: <<http://champpenal.revues.org/document6013.html>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 11); Adolphe PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Genève, Médecine et hygiène, 1986; M.-H. RENAULT, préc., note 1654 : « la dangerosité devient le critère d'élimination des *consuetudinaires* et l'incorrigibilité explique l'aggravation de la peine de celui qui, ayant déjà été condamné, récidive. C'est le droit du Moyen Age qui a dégagé l'idée selon laquelle les coupables d'*accoutumance* en délit méritent une peine plus grave. Cette attitude de bon sens se réclame du droit romain selon lequel on peut toujours diminuer la peine pour un délinquant *premier pris*, jamais en cas de récidive » (italiques tels que dans le texte initial).

¹⁶⁶⁰ Pierre COUVROT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », (1999) *Rev.sc.crim* 376.

I. Le retour de l'homme dangereux

L'état dangereux n'est pas une notion nouvelle en droit français, puisqu'elle a longtemps fait parler d'elle et, il semblerait qu'elle ait été toujours présente dans les discours juridiques et politiques¹⁶⁶¹. Le droit criminel canadien a intégré cet état depuis plus longtemps dans ses textes¹⁶⁶². Ce terme ne possède aucune définition, alors même qu'il est une notion centrale du droit criminel, puisqu'il permet de déterminer la peine du délinquant sexuel¹⁶⁶³. Toutefois, la dangerosité peut se traduire par le risque engendré par les récidives successives ou le renouvellement d'une infraction d'un criminel habituel ou professionnel en créant une réelle menace pour la société. Actuellement, « la dangerosité, sœur du sentiment d'insécurité, connaît un succès qui se légitime à l'énoncé des formes spectaculaires d'une délinquance plutôt traditionnelle qui emprunte, certes, à une nouvelle technologie de la violence mais sans modifier profondément une dynamique du crime décrite de manière répétitive depuis la période protolibérale de l'industrialisation »¹⁶⁶⁴. Il faut dire que dans notre société actuelle fondée principalement sur le risque et l'insécurité, il était clair que cette discussion sur l'état dangereux du criminel allait refaire surface avec notamment le développement des infractions à caractère sexuel sur le réseau Internet. En

¹⁶⁶¹ Cesare LOMBROSO fut le premier à étudié l'homme criminel et il en a déduit sa célèbre théorie controversée du « criminel né ». (Cesare LOMBROSO, *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique, criminel fou, criminel d'occasion, criminel par passion : étude anthropologique et psychiatrique*, Tome 1, Paris, F.Alcan, 1895, en ligne : Université de Chicoutimi, Bibliothèque numérique, Jean-Marie TREMBLAY

<http://classiques.ugac.ca/classiques/lombroso_cesare/homme_criminel_1895/homme_criminel_1895.html>, (consulté le 23 sept. 2009)). En outre, pour PLATON, les criminels étaient des malades et pour ROUSSEAU, ces malades devaient être supprimés par la peine de mort du moins pour ceux qui représentaient toujours un danger pour la société. J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », préc., note 1659, p. 2 et 9 : « cette notion est devenue depuis peu plus d'un siècle un opérateur externe au droit mais constamment présent dans le champ pénal », « Sommes-nous alors jamais vraiment sortis de la logique de la dangerosité? Une réponse négative à cette question semble s'imposer ». Voir : Jean DANET et Claire SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », (2007) 4 RSC 779-795.

¹⁶⁶² John PRATT, « Dangerosité, risque et technologie du pouvoir », (2001) 34 *Criminologie*, n°1, p. 102-121, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/crimino/2001/v34/n1/004756ar.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 101 à 111 (Historique de la notion de dangerosité); Pierre LANDREVILLE et Michael PETRUNIK, « Le « délinquant dangereux » dans les législations nord-américaines », dans Christian DEBUYST et Françoise TULKENS (dir.), *Dangerosité et justice pénale: ambiguïté d'une pratique*, Coll. Déviance et société, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Genève, Masson, Médecine et Hygiène, 1981, p. 207-229, à la page 211.

¹⁶⁶³ Voir : Arnaud COCHE, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de Sciences Pénales et de Criminologie (ISPEC), Centre de Recherches en matière pénale Fernand Boulan, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005; Michel LANDRY, *L'état dangereux : Un jugement déguisé en diagnostic*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 31-40.

¹⁶⁶⁴ Guy HOUCHON, « Évolution du concept de dangerosité en criminologie européenne (« Vingt ans après... ») », (1984) 17 *Criminologie*, n°2, p. 79-91, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/017200ar>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 79.

effet, l'opinion publique semble souvent s'émouvoir de ce type d'affaires et plus particulièrement, celles mettant en scène sexuellement des victimes mineures¹⁶⁶⁵. Elle démontre une certaine intolérance envers leurs auteurs qu'elle considère souvent comme dangereux avec une crainte, plus ou moins raisonnée, à l'égard d'Internet. C'est ainsi que le discours sur l'état dangereux est influencé par cette opinion publique « en mal de sécurité »¹⁶⁶⁶. Le législateur français, sur le modèle canadien, s'est intéressé aux délinquants dits dangereux, afin de répondre aux inquiétudes de la société envers la protection des mineurs et instaurer une justice « de l'exemple » tournée vers la dissuasion et la sûreté¹⁶⁶⁷. En effet, le contrôle et la surveillance des délinquants sexuels se sont justifiés par la présence de cet état dangereux. Un régime d'exception en a émergé ce qui, indéniablement, influence la hiérarchie des valeurs actuelles des sociétés canadiennes et françaises¹⁶⁶⁸ (A). L'émergence d'un modèle de justice fondée sur la gestion du risque apparaît clairement¹⁶⁶⁹. Désormais, « l'âme des criminels »¹⁶⁷⁰ est prise en compte dans la détermination de la peine en évaluant son degré de dangerosité pour la société (B).

¹⁶⁶⁵ L'auteur Denis SALAS énonce qu'il y a eu un déplacement flagrant qui s'est produit à savoir celui de prendre le parti des victimes (D. SALAS, préc., note 16, p. 62).

¹⁶⁶⁶ « En somme, ce modèle dit remplir ses fonctions d'assurance, mais il sert surtout la conscience collective du public. Il semble alors que, sous couvert d'un système juste, équitable, rationnel, on répond davantage à une « opinion publique » non définie plutôt qu'à une évaluation réellement objective des risques » (Marion VACHERET et Marie-Marthe COUSINEAU, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », (2005) 29 *Déviante et Société*, n°4, p. 379-397, en ligne : <http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=DS_294_0379>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 393); P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, préc., note 1662, p. 219; « sur la manière dont le Conseil construit un droit pénal constitutionnel tout en tenant compte des logiques nouvelles mises en œuvre par le législateur et des souhaits manifestés par l'opinion publique » (Frédéric ROUVILLOIS, « La notion de dangerosité devant le Conseil constitutionnel », note, C. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Recueil Dalloz*. 2006. 966, note F. Rouvillois.

¹⁶⁶⁷ « En effet, depuis plusieurs années, les Français se sont émus de crimes odieux, commis par des personnes déjà condamnées et toujours dangereuses » (Rachida DATI, *Discours sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté*, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 08 janv. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=13898>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 2). Voir : Rachida DATI, *Discours sur la présentation du projet de loi relatif à la rétention de sûreté*, garde des Sceaux, ministre de la Justice – Sénat, 30 janv. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=14017>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁶⁸ Ces deux pays possèdent des traditions juridiques différentes qui influencent la hiérarchie des valeurs. En effet, cette différence « repose sur les conceptions morales d'un peuple, la politique sociale et criminelle des gouvernements et les objectifs que poursuivent les États dans l'exercice de leur rôle. En effet, chaque société détermine la hiérarchie des valeurs qu'elle protège » (G. CÔTÉ-HARPER, P. RAINVILLE et J. TRUGEON, préc., note 49, p. 16).

¹⁶⁶⁹ Jean-Marc HAUSMAN, « Responsabilité et modes de régulation de la délinquance sexuelle par le recours aux banques de données. Punir ou traiter? Neutraliser... », dans F. DIGNEFFE et T. MOREAU (dir.), préc., note 191, p. 121-130, à la page 122; J. PRATT, préc., note 1662, p. 114-117.

¹⁶⁷⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, préc., note 1657, p. 24; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique: essai d'analyse critique*, préc., note 18, p. 68 et 69; Martine KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de

A) Un régime dérogatoire fondé sur le critère de la dangerosité

Les délinquants sexuels représentent, depuis des années, une des principales préoccupations dans nos sociétés, puisqu'ils ont tendance à être traités de manière différente, notamment en raison de leur forte proportion à récidiver¹⁶⁷¹. D'ailleurs, la médiatisation émotive des faits divers concernant les infractions sexuelles à l'encontre des mineurs vient contribuer à la vision négative des délinquants sexuels et alimenter le sentiment d'insécurité¹⁶⁷². Actuellement, cela se confirme avec la mise en place d'un régime hors du droit commun fondé sur le contrôle et la surveillance de ce groupe présentant un état dangereux pour la société. C'est ainsi qu'il y a eu un « déplacement de regard du crime vers le criminel, la mise en lumière de la personnalité dynamique et concrète du délinquant »¹⁶⁷³. Le fait de s'attarder sur la personnalité du criminel peut amener à certaines dérives qui pourraient être évitées, compte tenu de l'ancienneté du concept¹⁶⁷⁴. Celles-ci ne sont pas sans gravité. En effet, ce système est fondé sur la prédiction puisqu'« [i]l s'agit de mettre en lumière les éléments ou facteurs qui permettront de prévoir à l'avance le comportement de l'individu évalué et, plus particulièrement, la probabilité qu'il récidive »¹⁶⁷⁵. De ce fait, les principes

dangerosité et ses usages », (2008) V *Champ pénal*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/document6183.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁷¹ J.-M. HAUSMAN, préc., note 1669, p. 108. « La pression apparaît d'autant plus forte que le taux de récidive en matière de délinquance sexuelle serait particulièrement élevé puisque, selon les interlocuteurs de votre délégation, la moitié des personnes condamnées pour une telle infraction commettrait une nouvelle infraction de même nature après avoir purgé sa peine » (Philippe GOUJON et Charles GAUTIER, *Rapport d'information n° 420 sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, 22 juin 2006, Commission des lois du Sénat, session ordinaire 2005-2006, (Sept. 2006) *Droit pénal* n° 9, Alerte 31 ; en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r05-420/r05-4201.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 55). Mais les études ne vont pas toutes dans le même sens. Elles sont, en effet, contradictoires et considèrent qu'au contraire, la récidive chez les délinquants sexuels est rare (SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, « La récidive chez les délinquants sexuels », (juil. 2004) 9 *Recherche en bref*, n°4, en ligne : <http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/sum/cprs200407_1-fr.asp>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁶⁷² « Les médias, la télévision en particulier, tendent à mettre l'accent sur les crimes violents, ce qui, selon bien des observateurs, crée une perception inexacte du nombre de crimes violents au Canada. Ainsi, les médias contribuent pour beaucoup à entretenir l'appui à des solutions punitives en renforçant la crainte de la criminalité par la représentation de crimes violents » (COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 13). Ce raisonnement peut parfaitement s'appliquer aux affaires médiatiques relatives à la pédopornographie qui sont toujours mises à la une de l'information et qui créent une certaine panique morale concernant cette infraction et le réseau Internet.

¹⁶⁷³ M. KALUSZYNSKI, préc., note 1670; A. COCHE, préc., note 1663 ; Enrico FERRY, *La sociologie criminelle*, traduit de l'Italien par Léon Terrien, Première éd., Paris, Félix Alcan, 1893, en ligne : Université de Chicoutimi, Bibliothèque numérique, Jean-Marie TREMBLAY <http://classiques.ugac.ca/classiques/ferri_enrico/sociologie_criminelle/socio_criminelle.html>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 119 : « Jusqu'ici la science, la législation et, quoique un peu moins mais sans méthode scientifique, la justice pratique, jugeaient et punissaient le crime dans le criminel, mais dorénavant on devra juger le criminel dans le crime »; A. PRINS, préc., note 1659, p. 70-98.

¹⁶⁷⁴ C. LOMBROSO, préc., note 1661; E. FERRY, préc., note 1673.

¹⁶⁷⁵ M. VACHERET et M.-M. COUSINEAU, préc., note 1666, p. 381.

fondamentaux du droit criminel sont mis à mal au nom « des thématiques contemporaines » du risque, de la prévention et de la précaution, pour répondre « aux attentes de l'opinion publique, notamment dans cette matière éminemment sensible des délits sexuels »¹⁶⁷⁶. Par exemple, l'infraction de possession ou de détention de pédopornographie est érigée dans un but de prévention, puisqu'elle permet de protéger les éventuelles victimes du passage à l'acte et de traiter les éventuels délinquants sexuels dangereux, avant qu'ils ne commettent un abus sexuel sur un mineur. Cette prévisibilité pourrait déboucher sur des pratiques délicates, telles qu'un « glissement de la dangerosité présumée à partir d'un crime vers le dépistage de facteurs de risques ante délictuelle et ante criminelle »¹⁶⁷⁷. D'ailleurs, cette faculté revient souvent dans les discours politiques actuels fondés sur la sécurité, voire la « cybersécurité », avec cette possibilité de déterminer, dès le plus jeune âge, les possibles et éventuels criminels dangereux¹⁶⁷⁸.

Les infractions sexuelles, au Canada comme en France, sont devenues les pires formes d'atteintes à la personne et « le nouveau tabou de notre société, en particulier lorsqu'elles ont un mineur, parfois très jeune, pour victime »¹⁶⁷⁹. En effet, la sévérité des peines et le traitement réservé aux délinquants sexuels¹⁶⁸⁰ démontrent que les agressions et les abus sexuels, notamment par le biais de la pédopornographie, sont devenus les pires formes de crime au côté, par exemple, des infractions contre l'humanité, le meurtre, les actes de

¹⁶⁷⁶ F. ROUVILLOIS, préc., note 1666. Voir : Robert BADINTER, « Le retour de l'homme dangereux », Chronique de Robert Badinter, *Le Nouvel Observateur*, 31 janv. 2008, en ligne : <<http://hebdo.nouvelobs.com/hebdo/parution/p2256/articles/a365492.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁷⁷ J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », préc., note 1659, p. 24.

¹⁶⁷⁸ Voir sur le déterminisme génétique : Pierre ANCET, *Le déterminisme génétique et la liberté de choix*, Colloque Génomique-génoéthique et anthropologie, Université de Montréal, Montréal, 22 et 23 oct. 2004, en ligne :

<http://agora.qc.ca/colloque/gga.nsf/Conferences/Le_determinisme_genetique_et_la_liberte_de_choix>, (consulté le 23 sept. 2009). Le Canada, pour sa part, a choisi de mettre en place un système national de repérage (SNR) qui « vise à dépister les délinquants considérés comme susceptibles de faire l'objet d'une demande de déclaration de délinquant dangereux (DD) ou de délinquant purgeant une peine de longue durée » (SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *Repérer et surveiller les délinquants à risque élevé*, recherche en bref, vol. 10, n° 6, nov. 2005, en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/res/cor/sum/cprs2005011_1-fra.aspx>, (consulté le 23 sept. 2009); James BONTA, Guy BOURGON, Rebecca JESSEMAN et Annie K. YESSINE, *Système national de repérage : Identification des délinquants violents à risque élevé et intervention*, Rapport pour spécialistes 2005-03, Ottawa, Sécurité publique Canada, 2005, en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/res/cor/rep/_fl/2005-03-pre-sntnce-fra.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009)). Voir : Robert CASTEL, « De la dangerosité au risque », (1983) 47 *Actes de la recherche en sciences sociales* 119-127.

¹⁶⁷⁹ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 631; Jocelyne CASTAIGNÈDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *Recueil Dalloz*. 1999. chron. 23.

¹⁶⁸⁰ *Supra*, p. 343.

torture et de barbarie¹⁶⁸¹. La vie humaine, pourtant, en haut de la hiérarchie des valeurs, se voit ainsi concurrencée par d'autres valeurs devenues importantes pour nos sociétés contemporaines¹⁶⁸². D'ailleurs, un projet de loi canadien souhaite ériger en catégorie dangereuse les « prédateurs sexuels d'enfants », dont « la peine minimale [serait] (...) l'emprisonnement à perpétuité »¹⁶⁸³. La hiérarchie des valeurs s'est donc transformée en rejetant complètement toutes les formes d'infractions sexuelles contre des mineurs et leurs auteurs. Mais la question est de savoir si ce sont les infractions sexuelles qui justifient ce régime dérogatoire ou le fait que la plupart de ces infractions ont pour victime principale des mineurs? Est-ce la sexualité qui est tabou? Cette sévérité est-elle véritablement justifiée? N'est-ce pas une volonté politique de satisfaire la pression sociale alimentée par les différents faits divers relatifs notamment à la pédopornographie? Dans tous les cas, ce qui est sûr et certain, c'est que la sexualité a toujours représenté un défi pour le législateur qui se veut toujours plus descriptif et précis. Les mineurs, quant à eux, ont toujours été considérés comme la catégorie de personnes les plus vulnérables qui demandent un régime de protection renforcé et un complet respect de leur dignité personnelle¹⁶⁸⁴. Par conséquent, la combinaison de ces deux éléments a entraîné l'élaboration d'un régime spécifique et répressif à l'égard des infractions sexuelles¹⁶⁸⁵. L'exploitation sexuelle à l'encontre des mineurs est ainsi devenue la principale préoccupation dans la plupart des pays qui ont

¹⁶⁸¹ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 630 et 631. Voir : X. LAMEYRE, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicable après la loi du 9 mars 2004 et avant la loi relative au traitement de la récidive », préc., note 1405, p. 192 : « il est raisonnable d'émettre l'hypothèse que la combinaison d'un taux de poursuite élevé joint à une sévérité croissante des jugements situe actuellement les infractions à caractère sexuel au point de plus grande intensité répressive du système pénal » ; B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 226 ; M. HERZOG-EVANS, préc., note 1654. « Le régime actuel en matière de criminalité sexuelle comporte pratiquement les mêmes éléments dérogatoires aux garanties juridiques que pour les crimes contre l'humanité ou les infractions terroristes, ce qui doit donner à réfléchir » (D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 631. Par exemple, le suivi socio-judiciaire prévu par le *Code pénal français* est encouru « pour les **infractions à caractère sexuel** ainsi que, depuis la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, pour les autres infractions les plus graves (actes de torture et de barbarie, meurtres, pyromanie...) » (P. GOUJON et C. GAUTIER, préc., note 1671, p. 36 et 37).

¹⁶⁸² *Id.*, A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, p. 630.

¹⁶⁸³ Ce projet de loi a d'abord été présenté à la Chambre des communes le 7 octobre 2002, puis il est tombé en désuétude (*Projet de loi C-214, Loi modifiant le Code criminel (prédateurs sexuels dangereux d'enfants)*, 2^e session, 37^e législature, 51 Elizabeth II, Chambre des Communes du Canada, 7 oct. 2002). Toutefois, il est revenu sur le devant de la scène le 3 décembre 2008 avec le *Projet de loi C-246 (Loi modifiant le Code criminel (prédateurs sexuels d'enfants))*, projet de loi n° C-246 (dépôt et 1^{ère} lecture – 3 décembre 2008), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Can.)).

¹⁶⁸⁴ *Supra*, p. 128.

¹⁶⁸⁵ *Supra*, p. 343 ; Titre 19 « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes » ; C.pén., art. 706-47 - 706-53-12.

trouvé un élément d'harmonisation législatif¹⁶⁸⁶. D'ailleurs, les nouvelles propositions de la Communauté européenne « destinées à intensifier la lutte contre (...) l'exploitation et les abus sexuels concernant des enfants et la pédopornographie »¹⁶⁸⁷ viennent confirmer cet engouement.

Les délinquants sexuels sont donc soumis à un régime dérogatoire en raison de la mise en place de différentes mesures qui tendent particulièrement vers une certaine sévérité de la part du législateur. La tolérance zéro semble devenir le « maître mot » et plus spécialement avec cette internationalisation des infractions provoquée par l'usage grandissant du réseau Internet. C'est ainsi que les lois, comme nous l'avons déjà souligné, sont extraterritoriales dans certains cas, voire universelles¹⁶⁸⁸. Il est d'ailleurs possible de faire une simple dénonciation, sans plainte préalable, des infractions sexuelles à l'encontre d'un mineur, afin de faciliter les poursuites intentées par les associations¹⁶⁸⁹. En effet, le législateur français prévoit que des « groupements ou associations qualifiés de « sous-procureurs privés » [soient] (...) aujourd'hui autorisés à mettre en mouvement l'action publique, selon des modalités variables », en leur donnant les « habilitations nécessaires, faute pour eux de pouvoir justifier d'un préjudice découlant directement de l'infraction »¹⁶⁹⁰. Autrement dit, il s'agit d'une exception au principe selon lequel seule la victime ayant subi directement le préjudice peut ester en justice¹⁶⁹¹. Les associations peuvent ainsi agir en justice sans qu'elles aient subi un quelconque dommage direct, afin d'accroître la protection accordée aux mineurs et ainsi ne pas laisser impunis des faits répréhensibles graves. Une certaine privatisation de l'action publique se profile, sous pression des victimes d'infractions¹⁶⁹².

¹⁶⁸⁶ *Supra*, p. 338.

¹⁶⁸⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, *La Commission européenne frappe fort contre l'esclavage moderne et les abus sexuels concernant des enfants*, IP/09/472, Bruxelles, 25 mars 2009, en ligne : <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/472&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=en>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁸⁸ C.pén., art. 222-22, al. 3 et 227-27-1; C.crim., art. 7. Voir : *Supra*, p. 338.

¹⁶⁸⁹ C.p.p., art. 2 - 3. Par exemple : art. 2-3, al. 2 : « Toute association, inscrite auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, est recevable dans son action même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée en ce qui concerne l'infraction mentionnée à l'article 227-23 du code pénal. Il en est de même lorsqu'il est fait application des dispositions du second alinéa de l'article 222-22 et de l'article 227-27-1 dudit code ».

¹⁶⁹⁰ Jean-François KRIEGK, « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale? », (09 avril 2005) 99 *Gaz.Pal.2*.

¹⁶⁹¹ C.p.p., art. 2-3.

¹⁶⁹² J.-F. KRIEGK, préc., note 1690.

En outre, les peines sont en constante augmentation dans l'espoir de neutraliser les délinquants sexuels, notamment récidivistes¹⁶⁹³. C'est ainsi que des peines minimales ou des « peines planchers » ont été insérées dans le *Code criminel canadien*¹⁶⁹⁴ et dans le *Code pénal français*¹⁶⁹⁵, par exemple pour l'infraction de pédopornographie et ses infractions connexes¹⁶⁹⁶. L'instauration de celles-ci conforte l'idée de la sévérité de la répression, mais surtout « met à mal les principes traditionnels d'individualisation des peines »¹⁶⁹⁷ et la part de liberté des juges¹⁶⁹⁸. En effet, la mise en place de peines minimales a pour but de dissuader les délinquants, comme les récidivistes, à commettre une nouvelle infraction. Il s'agit ainsi de renforcer la certitude de la peine en rendant certaine une sanction minimale. L'instauration de telles peines permet également de répondre aux inquiétudes des victimes qui veulent être « vengées » ou « réparées » du fait du dommage subi. C'est pour cette raison qu'en imposant au juge de ne pas descendre en dessous d'un certain seuil, l'effectivité de la peine est assurée, ainsi que la sécurité de la société. Le législateur part de l'idée que le récidiviste et le délinquant sexuel sont présumés dangereux et, leur peine devient alors quasi automatique. L'aspect sécuritaire est clairement présent et prend toute son ampleur. Les individus dangereux sont enfermés et la marche de manoeuvre des juges est réduite¹⁶⁹⁹. D'ailleurs, en droit canadien, le juge n'a qu'un rôle mineur. Il doit

¹⁶⁹³ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 209 et suiv.; Guy GEOFFROY, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°63), adopté par le Sénat après la déclaration d'urgence, renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, Assemblée Nationale, 13^{ème} législature, n°65, 11 juil. 2007, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/Renforcement_lutte_contre_recidive.asp>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁶⁹⁴ C.crim., art. 163.1; *Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois en conséquence*, préc., note 193; *Loi modifiant le Code criminel (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans)*, projet de loi n° C-268 (2^e lecture et renvoi à un comité – 22 avril 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.).

¹⁶⁹⁵ Les peines minimales ne sont pas une nouveauté en droit français car elles existaient dans l'ancien droit. Le lien avec les pays anglo-saxons s'accroît un peu plus encore. Le *Code pénal français* de 1994 ne prévoyait que des peines maximales pour chaque infraction. (Voir : G. GEOFFROY, préc., note 1693, p. 18 et suiv.).

¹⁶⁹⁶ *Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, préc., note 1654; *Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, préc., note 1654; P. PONCELA, préc., note 1653; C. PAQUIN, préc., note 1137, p. 29.

¹⁶⁹⁷ Gilles CHANTRAINE, « De la prison post-disciplinaire en général et de la carcéralisation du soin psychiatrique en particulier : le cas français » dans Marion VACHERET, Manon JENDLY, Philippe MARY, Bastien QUIRION et Dominique ROBERT (dir.), *Actes de colloque international, Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations, Proceedings of the Punishment Today: Permanence or Mutation*, 5-6-7 déc. 2007, Centre International de criminologie comparée, Montréal, 2008, en ligne : <<http://www.erudit.org/livre/penal/2008/index.htm>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 206-220, à la page 208; Pierre V. TOURNIER, « Traitement de la récidive ou politique spectacle ? Le retour des « peines planchers » sur le devant de la scène », (21 mai 2007) 44 *Arpenter le champ pénal (ACP)*.

¹⁶⁹⁸ Yves BENHAMOU, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges, contribution à l'étude critique de la fonction de juger », (2009) *Recueil Dalloz* 1040.

¹⁶⁹⁹ P. V. TOURNIER, préc., note 1697.

obligatoirement prononcer une peine minimale, lorsqu'une infraction est commise, notamment de pédopornographie¹⁷⁰⁰, même s'il ne s'agit pas de récidive. Par contre, le juge français, même s'il est soumis à des « peines planchers », en particulier pour certaines récidives légales¹⁷⁰¹, conserve la possibilité de « prononcer une peine inférieure à ces seuils en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci »¹⁷⁰². En matière délictuelle, la décision doit être spécialement motivée¹⁷⁰³. En cas de multirécidives, le juge reste lié à ces seuils, sauf « si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion »¹⁷⁰⁴. Les principes fondamentaux du droit criminel sont alors respectés¹⁷⁰⁵, comme celui de l'individualisation de la peine¹⁷⁰⁶. Par conséquent, en imposant des peines minimales, en dessous desquelles le juge ne peut pas descendre, le législateur a nécessairement rendu son système criminel plus sévère et a « sérieusement mis à mal l'*imperium* des juges »¹⁷⁰⁷. Néanmoins, le législateur français fait preuve de plus de souplesse que son homologue canadien, lequel érige des dispositions plus générales; la récidive n'étant pas sa seule préoccupation. Ils répondent mutuellement aux préoccupations engendrées par l'opinion publique qui souhaitent « une garantie de sécurité et de réparation »¹⁷⁰⁸. Il y a clairement une augmentation de la contrainte judiciaire criminelle,

¹⁷⁰⁰ C.crim., art. 163.1 (2): « Quiconque produit, imprime ou publie, ou a en sa possession en vue de la publication, de la pornographie juvénile est coupable : a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, la peine minimale étant de un an; b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire et passible d'un emprisonnement maximal de dix-huit mois, la peine minimale étant de quatre-vingt-dix jours ».

¹⁷⁰¹ G. GEOFFROY, préc., note 1693, p. 9-12: « il y a « **récidive légale** » lorsque, après avoir subi une première condamnation pénale définitive – « *premier terme* » de la récidive –, le délinquant commet une nouvelle infraction – « *second terme* » de la récidive. C'est cette nouvelle infraction qui entraîne l'aggravation de la peine prévue en l'état actuel du droit par le code pénal ». (italiques et gras tels que dans le texte initial) L'art. 132-18 C.pén. prévoit des peines minimales en dehors du cas de la récidive. Il prévoit que « la peine d'emprisonnement prononcée en matière criminelle ne doit pas être inférieure à un ou deux ans selon que la peine encourue est temporaire ou non » (p. 20). Voir : *Achour c. France*, n°67335/01 (au principal et satisfaction équitable), 10 nov. 2004, D. 2006. 53, note Djoheur Zerouki-Cottin, en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=achour&sessionid=30881970&skin=hudoc-fr> (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁷⁰² C.pén., art. 132-18-1 - 132-22.

¹⁷⁰³ C.pén., art. 132-19-1.

¹⁷⁰⁴ C.pén., 132-18-1 - 132-19-1.

¹⁷⁰⁵ En droit français, les peines minimales ne s'appliquent pas « lorsque l'auteur de l'infraction était, au moment des faits, atteint d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes » (C. const., 9 août 2007, n°2007-554 DC, J.O. 11 août 2007, (sept. 2007) n°9 *Droit pénal*, alerte 29; *Gaz.Pal.*2007. 223.2, § 18 ; C.pén., art. 122-1).

¹⁷⁰⁶ *Id.*, C.const., § 12 à 19; C.pén., art. 132-24.

¹⁷⁰⁷ Y. BENHAMOU, préc., note 1698.

¹⁷⁰⁸ J.-F. KRIEGK, préc., note 1690.

notamment en faveur des plus vulnérables et, de la volonté d'indemniser les victimes, dont la dignité personnelle est prise en compte¹⁷⁰⁹.

Pour répondre à cette exigence de sécurité, la technologie est devenue une solution importante, par le biais de divers moyens. En effet, elle permet une meilleure anticipation du risque, mais surtout une réelle traçabilité du délinquant présentant un danger pour la communauté. C'est ainsi que des identifiants ont été mis en place comme le prélèvement génétique, la surveillance satellite et de nombreux fichiers de police et judiciaire des personnes jugées comme dangereuses. En premier lieu, il s'agit des fichiers des empreintes digitales¹⁷¹⁰ et génétiques¹⁷¹¹. Ils facilitent l'identification des personnes au stade de l'enquête. Les moyens, dans ce domaine, sont de plus en plus performants et poussés.

En deuxième lieu, le placement sous surveillance électronique mobile¹⁷¹², à titre de mesure de sûreté, a été mis en place dans le dessein de surveiller les délinquants présentant un risque de dangerosité ou de récidive. Il permet de connaître la localisation géographique de la personne placée sous surveillance, à toute heure du jour et de la nuit. Autrement dit, il s'agit de pouvoir circonscrire la liberté de mouvement et d'action du délinquant dangereux, afin de protéger la société et plus particulièrement, pour éviter l'apparition de nouvelles victimes¹⁷¹³. Cette idée de traque du délinquant, sexuel en l'occurrence, va même plus loin avec une autre technologie, l'« identification par radiofréquence » ou « radio frequency identification » (RFID). Celle-ci permet à la fois d'identifier l'individu et de le suivre partout où il se déplace. En effet, il s'agit d'une puce pouvant contenir un grand volume de

¹⁷⁰⁹ *Id.* : « L'accroissement de la contrainte judiciaire corrélative à la revendication de la sauvegarde de la dignité personnelle et de la protection de l'état de faiblesse ». Voir : *Supra*, p. 128; intervention de Nicolas SARKOZY, le 16 mai 2006 intitulée « La lutte contre la délinquance sexuelle » (en ligne : <http://www.interieur.gouv.fr/misill/sections/a_1_interieur/le_ministre/interventions/archives-sarkozy-2005-2007/delinquance-sexuelle>, (consulté le 23 sept. 2009)).

¹⁷¹⁰ *Décret n°87-249 du 8 avril 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieur*, J.O. 9 avril 1987, p. 4046.

¹⁷¹¹ C.p.p., art. 706-54 et suiv.

¹⁷¹² C.pén., art. 131-36-9 - 131-36-13 (mesures de sûreté); C.p.p., art. R.57-10 et suiv.; art. 723-7 et suiv.; art. 763-10 et suiv. (mesure de sûreté). Au niveau canadien, il s'avère qu'un programme pilote de surveillance électronique (PPSE) a été mis en place en septembre 2008 par le Service Correctionnel du Canada (SCC) touchant les délinquants en libération conditionnelle. Or, un rapport de la Direction générale des services correctionnels, du Ministère de la Sécurité publique, intitulé *Surveillance électronique, solution ou panacée*, (Sainte-Foy (Qc), 2000, en ligne : <http://www.msp.gouv.qc.ca/reinsertion/publicat/surveil_electronique/surveil_electronique.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009)) a décidé que cette surveillance électronique « n'est pas plus efficace, pour prévenir la récidive et protéger la population, que des mesures traditionnelles basées sur la supervision humaine » (p. 29).

¹⁷¹³ C.const., 8 déc. 2005, préc., note 1666, § 21.

données personnelles relatives au délinquant. Certains pays, comme le Royaume-Uni, souhaitent installer cette puce sous la peau de leurs délinquants. Or, des considérations aussi bien techniques qu'éthiques se posent dans ce cas¹⁷¹⁴. Dans tous les cas, la traçabilité des individus dangereux par le biais des nouvelles technologies, et plus particulièrement des délinquants sexuels comme les pédophiles, est devenue la préoccupation principale dans nos sociétés, en mal de sécurité. La devise semble devenir la suivante : il faut les neutraliser pour éviter de nouvelles victimes.

En troisième et dernier lieu, des regroupements de fichiers de police et judiciaire sont effectués au niveau national¹⁷¹⁵, européen¹⁷¹⁶ et international, dans un but d'efficacité et de prévention à la récidive et à la dangerosité. Par exemple, en France, le Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes (FIJ AIS) a été mis en place par la *Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*¹⁷¹⁷, bientôt modifié par le nouveau *projet de loi n°1697 LOPPSI*¹⁷¹⁸. Celui-ci veut améliorer les procédures d'enregistrement et de contrôle de ces délinquants sexuels, souvent considérés comme dangereux. Ce fichier judiciaire, qui est une mesure de sûreté¹⁷¹⁹, « constitue une application automatisée d'informations nominatives », « [a]fin de prévenir le renouvellement des infractions (...) et de faciliter l'identification de leurs auteurs »¹⁷²⁰. Par conséquent, il va plus loin que la prévention de la récidive, car il souhaite éviter le renouvellement d'infractions en inscrivant toutes décisions utiles, même non encore définitives, qu'elles soient ou non de condamnation¹⁷²¹. Les inscriptions nominatives de ces

¹⁷¹⁴ CNIL, 28^e *Rapport d'activité 2007*, Paris, La Documentation française, 2008, en ligne : <http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL-28erapport-2007.pdf>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 27 et 28.

¹⁷¹⁵ En France, il existe un fichier national d'antécédents judiciaires dénommé ARIANE (Rapprochements et Analyse pour les Enquêteurs) et un autre fichier concernant les empreintes génétiques, le FNAEG (C.p.p., art. 706-54 - 706-56-1).

¹⁷¹⁶ Rachida DATI, *Discours au Colloque « Neutraliser les grands criminels »*, garde des Sceaux, ministre de la Justice – Assemblée Nationale, 17 oct. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=16115>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 5. Le gouvernement français souhaiterait que le casier judiciaire européen prenne forme.

¹⁷¹⁷ *Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, préc., note 745.

¹⁷¹⁸ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 12-16. Ces articles souhaitent améliorer la rapidité de mise à jour du fichier, élargir l'accès et prévoir des sanctions en cas de méconnaissance de ses obligations par la personne inscrite (M. ALLIOT-MARIE, *Exposé des motifs du Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, préc., note 1534).

¹⁷¹⁹ C.p.p., art. 706-53-5.

¹⁷²⁰ C.p.p., art. 706-53-1 et suiv. Voir : Yves MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », (mai 2008) 20 *Recueil Dalloz* 1359-1366, p. 1361 et 1362.

¹⁷²¹ C.p.p., art. 706-53-2.

individus, en raison du caractère dangereux qu'ils représentent pour la société, portent clairement atteinte à leurs libertés individuelles mais, selon le Conseil constitutionnel, cette mesure n'est pas déséquilibrée, puisqu'elle concilie bien le respect de la vie privée et la sauvegarde de l'ordre public français¹⁷²². Ces mesures s'inscrivent nettement dans la nouvelle perspective de sécurité et de prévention du risque que développent nos sociétés contemporaines. D'ailleurs, sur le fondement du principe de précaution, les délinquants qui présentent un risque avéré pour la société doivent être contrôlés et surveillés.

Agissant toujours sur cette base, le législateur a également permis aux services de police et de gendarmerie de constituer des fichiers à partir des données collectées lors d'une procédure judiciaire¹⁷²³. Or, ces fichiers ne sont pas systématiquement mis à jour, ce qui peut avoir de graves conséquences pour les personnes ainsi fichées, surtout en cas d'infractions sexuelles¹⁷²⁴. En outre, le *projet de loi n°1697 LOPPSI*¹⁷²⁵ souhaite fournir aux services de police de nouveaux moyens juridiques pour combattre plus efficacement les nouvelles formes de criminalité. C'est ainsi que deux nouveaux fichiers vont être créés. Le premier, nommé Périclès, permettra « de rassembler les preuves et d'identifier les auteurs, grâce à l'établissement de liens entre les individus, les événements ou les infractions, des crimes et délits présentant un caractère sériel »¹⁷²⁶. Le second sera un fichier d'antécédents qui permettra « de faciliter la constatation des infractions à la loi pénale, le rassemblement des preuves de ces infractions et la recherche de leurs auteurs »¹⁷²⁷. Ces fichiers vont avoir un champ de collecte plus important que les précédents¹⁷²⁸. Toujours dans cette optique de garantir la sécurité et l'indemnisation des victimes, les moyens offerts aux policiers sont

¹⁷²² C.const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC; D.2004.Somm.2756, obs. de Lamy, § 87.

¹⁷²³ C.pén., art. 55-1, 76-2 et 154-1; *Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, préc., note 1654, art. 21, 21-1 et 23; M. HERZOG-EVANS, préc., note 1654.

¹⁷²⁴ Voir : rapport de Delphine BATHO et Jacques Alain BÉNISTI, *Rapport sur les fichiers policiers*, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport d'information n°1548, Assemblée Nationale, 24 mars 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1548.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁷²⁵ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397.

¹⁷²⁶ *Id.*, art. 10 « Des fichiers d'analyse sérielle ».

¹⁷²⁷ *Id.*

¹⁷²⁸ *Id.*; « Des fichiers d'antécédents ». En effet, la collecte des données personnelles se fera aussi bien lors des enquêtes pour toutes les personnes présentant un trouble à la sécurité ou à la tranquillité publiques, sanctionnant une atteinte aux personnes, aux biens ou à l'autorité de l'État, et lors d'une procédure de recherche des causes de la mort; mais également, pour toutes personnes « à l'encontre desquelles existe des indices graves ou concordants rendant vraisemblables qu'elles aient pu participer, comme auteurs ou complices », à la commission de l'infraction, « les victimes de ces infractions » et « les personnes faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction pour recherche des causes de la mort ».

développés de manière assez considérable, grâce aux nouvelles technologies qui vont, *a priori*, faciliter les enquêtes et les identifications. L'impunité ne sera donc plus possible.

Au Canada, le Registre national des délinquants sexuels a été institué par la *Loi du 15 décembre 2004 sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*¹⁷²⁹. Comme pour les fichiers français, ils sont remplis de manière précise et sont, en principe, mis à jour¹⁷³⁰. Toutefois, un délinquant ne sera fiché que s'il fait l'objet d'une ordonnance, selon l'article 490.012 du C.crim. En droit français, « les décisions concernant les délits prévus par l'article 706-47 et punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée inférieure ou égale à cinq ans ne sont pas inscrites dans le fichier, sauf si cette inscription est ordonnée par décision expresse de la juridiction ou, dans les cas prévus par les 3^e et 4^e, du procureur de la République »¹⁷³¹. Par conséquent, tous les délinquants sexuels ne sont pas systématiquement inscrits sur ce fichier¹⁷³². Seuls les délinquants présentant un réel danger pour la société, font l'objet de mesures de sûreté plus importantes, qui limitent leurs libertés individuelles. L'aspect de la dangerosité de l'individu est l'élément essentiel, qui justifie toutes ces mesures de sûreté à son égard. En outre, l'arrêt *R. c. Have* a jugé que l'infraction de possession de pédopornographie « n'implique pas nécessairement un acte de nature sexuelle ou la présence d'une intention de commettre un tel acte »¹⁷³³. De ce fait, la preuve de l'expert fournie en l'espèce établit « qu'il y avait peu de risques que l'accusé décide de mettre en pratique ses intérêts sexuels et qu'il ne représente pas un danger pour la société » et « force est de constater que les effets bénéfiques de l'enregistrement sont négligeables, que l'impact sur l'accusé est substantiel et que les effets sont nettement démesurés »¹⁷³⁴. Certains auteurs suggèrent que cette ordonnance devrait être obligatoire et, non discrétionnaire¹⁷³⁵. Ces fichiers, malgré leur utilité manifeste à l'identification d'un auteur, portent gravement atteinte aux libertés individuelles des individus, dont la vie privée devient totalement publique pour les services de police et judiciaire au nom de la sécurité,

¹⁷²⁹ *Loi du 15 décembre 2004 sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels*, L.C. 2004, c-10.

¹⁷³⁰ C.pén., art. 706-53-1 - 706-53-12; C.p.p., R. 58-8-1 - R. 53-8-39; C.crim., art. 490.011 et 490.032.

¹⁷³¹ C.pén., art. 706-53-2.

¹⁷³² Toutefois, « [l]a juridiction de jugement qui prononce une condamnation pour une infraction mentionnée à l'article 706-47 du code de procédure pénale et punie d'une peine supérieure à cinq ans d'emprisonnement ne peut dispenser le condamné de son inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles » (C.cass.crim., 16 janv. 2008, n°07-82.115, *Bull.crim.* 2008, n°12).

¹⁷³³ *R. c. Have*, (2005) 194 C.C.C. (3d) 151 (C.J.O.); C. PAQUIN, préc., note 1137, p. 30 et 31.

¹⁷³⁴ *Id.*, *R. c. Have*.

¹⁷³⁵ C. PAQUIN, préc., note 1137, p. 31.

mais surtout le droit à l'oubli ne semble véritablement pas souhaité pour les crimes sexuels¹⁷³⁶. D'ailleurs, il n'y a pas d'amnistie ni de prescription automatique pour les infractions à caractère sexuel, afin de conserver une trace des condamnations.

Une réelle volonté de neutralisation et de surveillance est démontré. En effet, la technologie permet de collecter une masse plus importante de données personnelles et de manière plus détaillée. Elle devient un moyen de contrôle et de surveillance considérable. Or, de graves abus peuvent être commis. Par exemple, des policiers peuvent être amenés à user de ces banques de données de manière systématique et les utiliser à mauvais escient¹⁷³⁷. Mais surtout, certains fichiers sont mis à la disposition d'administrations publiques, notamment lors d'embauche pour un travail de mise en contact avec des mineurs, ce qui peut dans certains cas entraîner certaines injustices, vu le champ large de collecte de données¹⁷³⁸. Aujourd'hui, le repérage et la traçabilité des délinquants sexuels, procédures employées depuis longtemps au Canada et aux États-unis, constituent le principal enjeu dans nos sociétés sécuritaires qui font de ce groupe à risque, des marginaux. La réhabilitation et la réinsertion sociale sont considérées comme une gestion du risque, à savoir celui de lutter contre la récidive ou le renouvellement d'infraction¹⁷³⁹. Par conséquent, aussi bien en France qu'au Canada, le critère de la dangerosité assorti à celui du risque¹⁷⁴⁰ justifie la mise en place de ce régime juridique dérogatoire. D'ailleurs, l'articulation de ces deux

¹⁷³⁶ *Id.*, p. 29; M. HERZOG-EVANS, préc., note 1654; D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle », préc., note 631, p. 59 : « La multiplication des exceptions aux règles du droit commun est en général dangereuse pour les libertés individuelles, et cela d'autant plus qu'elle s'opère sur le terrain de la loi pénale »; Jean-C. HÉBERT, « Délinquants sexuels : liste noire et droit à l'oubli », (2003) 35 *J.duB.* n°5, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol35/no5/tribunelibre.html>>, (consulté le 23 sept. 2009); D. SALAS, préc., note 16, p. 93 : « Certaines incriminations semblent gravées dans le marbre tant elles sont rivées à un socle moral. C'est ainsi que le refus de l'oubli ne cesse d'être opposé à certains crimes, sexuels notamment, commis sur les enfants ». Voir sur le droit à l'oubli : Louis-Xavier RANO, *La force du droit à l'oubli*, 12 sept. 2006, en ligne : <<http://www.droit-ntic.com/news/afficher.php?id=376>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁷³⁷ N. SOULLIÈRE, préc., note 1417, p. 79.

¹⁷³⁸ R. DATI, 17 oct. 2008, préc., note 1716, p. 5. Voir : *Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure*, préc., note 1654; Fanny DOUMAYROU, « Quand les fichiers permettent de licencier », *L'Humanité*, 10 août 2004 ; Arnaud DEVILLARD, « Eurodisney recrutait en consultant – illégalement – les fichiers de police », *01net*, 19/05/2006, en ligne : <<http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article1631>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁷³⁹ Dany LACOMBE, « Nouvelle pénologie et dispositif thérapeutique : le cas du contrevenant sexuel », dans M. VACHERET, M. JENDLY, P. MARY, B. QUIRION et D. ROBERT (dir.), préc., note 1697, p. 38-46, à la page 38: « À quoi ressemble la réhabilitation lorsque les besoins et le bien-être des contrevenants sexuels ne sont pas centraux au traitement, que l'unique chose qui importe est de contrôler les risques de récidive? »; P. COUV RAT, préc., note 1660.

¹⁷⁴⁰ R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », préc., note 1678.

notions légitime, « en tout cas aux yeux du législateur des inflexions toujours plus sécuritaires » et « une inflation des peines mais aussi des mesures de sûreté »¹⁷⁴¹.

B) L'évaluation du risque de dangerosité pour déterminer la peine

Ce régime d'exception est également attesté par d'autres éléments, à savoir la détermination de la dangerosité du délinquant sexuel, afin de fixer sa peine dans le but de la « prévention du crime, au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre »¹⁷⁴². Pour y arriver, une évaluation de celle-ci est essentielle pour, d'une part, déterminer la peine qui lui sera infligée et, d'autre part, prévoir par la suite des mesures de prévention et de précaution, afin de lutter efficacement contre la récidive. Or, cet état dangereux n'est pas facile à évaluer et présente le plus souvent certaines difficultés¹⁷⁴³. En effet, « la caractérisation de la dangerosité va et vient selon les valeurs changeantes de la société, démontrant comment ce concept est une construction sociale plutôt qu'une entité ontologique »¹⁷⁴⁴. Le Canada, en s'appuyant sur l'article 12 de la *Charte canadienne*¹⁷⁴⁵, utilise depuis longtemps ce concept pour définir la peine la plus adaptée à une personne considérée comme dangereuse pour la collectivité et pour limiter les risques de récidive¹⁷⁴⁶. C'est ainsi que des facteurs d'accusations de pédopornographie vont être utilisés pour évaluer le risque que représente le délinquant pour la société, et l'accent est mis sur sa personnalité et les circonstances de son infraction¹⁷⁴⁷. Ils prennent plusieurs formes, à savoir d'atténuations ou d'aggravations selon différents éléments déterminant la dangerosité du délinquant. En France, il en va également de même, puisque l'article 132-24 du C.pén. met l'accent sur la sécurité publique lors du prononcé d'une peine en se préoccupant de « la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime »¹⁷⁴⁸. La sévérité se retrouve également dans l'article 132-19, al. 2 du

¹⁷⁴¹ Jean DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », (4 mars 2008) 64 *Gaz.Pal.*10.

¹⁷⁴² C.crim., art. 718.

¹⁷⁴³ R. DATI, Discours, 17 oct. 2008, préc., note 1716, p. 6; C. DEBUYST et F. TULKENS (dir.), préc., note 1662; M. VACHERET et M.-M. COUSINEAU, préc., note 1666.

¹⁷⁴⁴ J. PRATT, préc., note 1662, p. 106.

¹⁷⁴⁵ *Charte canadienne*, préc., note 52, art. 12 : « Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités ».

¹⁷⁴⁶ R. c. *Blondin*, préc., note 823.

¹⁷⁴⁷ C.pén., art. 132-24.

¹⁷⁴⁸ Voir : M. HERZOG-EVANS, préc., note 1654.

même code qui permet aux juges de ne pas motiver leurs décisions d'infliger une peine d'emprisonnement ferme en matière correctionnelle en cas de récidive.

Dans un premier temps, la jurisprudence canadienne a dégagé, à la lecture de l'article 718.2 du C.crim.¹⁷⁴⁹, des facteurs atténuants ou accablants pour l'individu accusé de pédopornographie, selon que le degré de traumatisme subi par la victime, par exemple les conséquences néfastes sur le développement de la victime mineure, et l'importance du risque de récidive décelable¹⁷⁵⁰. Par conséquent, la gravité des faits, le manque de remords ou de regret de l'accusé et son degré élevé de risque envers la société vont entraîner une peine plus sévère¹⁷⁵¹. Pour ce faire, il faut d'abord prendre en compte les facteurs objectifs liés aux matériels utilisés¹⁷⁵², les facteurs subjectifs, puis considérer l'attitude de l'accusé en regard des délits¹⁷⁵³, pour enfin, s'intéresser aux conséquences du geste sur les victimes¹⁷⁵⁴. L'examen de la jurisprudence française laisse apparaître les mêmes critères, mais de manière plus floue¹⁷⁵⁵. C'est ainsi que le tribunal va examiner de façon totalement discrétionnaire, la nature du matériel, la gravité intrinsèque de l'infraction, la quantité en cause, la période requise pour accumuler un tel matériel, l'âge des enfants et leurs nombres, l'utilisation de la propriété ou du nom d'un tiers, la forme du matériel facilitant ou non sa diffusion et sa distribution, les démarches et les coûts pour l'obtention du matériel pédopornographique, l'utilisation visée du matériel pornographique, et enfin, déterminer s'il y a eu importation, distribution et production¹⁷⁵⁶. Ces différents éléments permettent de donner une certaine ligne directrice aux tribunaux dans la détermination de la peine par rapport notamment au matériel pédopornographique trouvé. Toutefois, comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, il s'avère parfois difficile de le qualifier¹⁷⁵⁷. C'est ainsi que l'arrêt *R. c. Beaulieu*¹⁷⁵⁸ a eu recours à une classification du matériel pédopornographique

¹⁷⁴⁹ C.crim., art. 718.2 (principes de détermination de la peine).

¹⁷⁵⁰ *R. c. Robert Chassé*, préc., note 816, § 18-20; *R. c. J.L.*, préc., note 1067; *R. c. R.R.*, préc., note 801.

¹⁷⁵¹ *Id.*, *R. c. Robert Chassé*; C.crim., art. 718.1: « La peine est proportionnelle à la gravité de l'infraction et au degré de responsabilité du délinquant » (principe de proportionnalité).

¹⁷⁵² C.crim., art. 718.2 a) : Il s'agit des circonstances aggravantes ou atténuantes.

¹⁷⁵³ C.crim., art. 718.2 a) (principe de l'individualisme de la peine). Voir : *R. c. R.R.*, préc., note 801.

¹⁷⁵⁴ C.crim., art. 718; C.pén., art. 707. Voir : Jean-Paul PERRON, « La détermination de la peine », dans S.F.P.B.Q., vol. 12, *Droit pénal – Infractions, moyens de défense et peine*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p. 215-279.

¹⁷⁵⁵ Par exemple : T. Corr. Mans, 16 fév. 1998, préc., note 810; C.cass.crim., 4 fév. 2004, préc., note 1087.

¹⁷⁵⁶ *R. c. Robert Chassé*, préc., note 816, § 18.

¹⁷⁵⁷ *Supra*, p. 185.

¹⁷⁵⁸ *R. c. Beaulieu*, préc., note 1220.

selon un niveau allant de un à dix, afin de déterminer le degré de dangerosité de l'accusé¹⁷⁵⁹. Toutefois, tout ne représente pas de la pédopornographie selon les article 163.1 du C.crim. et 227-23 du C.pén. En effet, il faut un comportement sexuellement explicite, qui comprend l'activité sexuelle et les organes sexuels, et qui se déroule dans un contexte à dominance sexuelle¹⁷⁶⁰. Par conséquent, à partir du niveau six, qui a trait aux poses érotiques dont l'accent est mis sur les parties génitales de l'enfant, il s'agit incontestablement de pédopornographie. Néanmoins, les autres niveaux, qui mettent en scène des mineurs nus dans des poses suggestives, voire érotiques, peuvent présenter un caractère sexuel et avoir le même but que les précédentes, à savoir l'excitation sexuelle et le fantasme d'utilisateur de pédopornographie¹⁷⁶¹.

Dans un deuxième et dernier temps, une fois ces différents éléments étudiés et selon le principe de l'harmonisation des peines¹⁷⁶², il est possible de mettre en exergue que les délinquants âgés, ceux de plus de trente cinq ans, ayant des antécédents judiciaires significatifs, niant leur propre déviance sexuelle, possédant une importante quantité de matériel et ayant un mode de vie favorisant le contact avec des mineurs sont généralement punis d'une peine de détention ferme, en raison du risque de récidive¹⁷⁶³. Dans la théorie de la défense sociale, les juges préfèrent recourir à la prison, ferme dans certains cas, pour

¹⁷⁵⁹ *Id.*, § 8: Niveau 1 : « Il ne présente du matériel ni érotique, ni sexuel. Ce matériel provient de sources commerciales telles que les catalogues et les albums de photos. À ce niveau, les enfants ne sont pas nus: ils sont en sous-vêtements ou en maillot de bain »; Niveau 2 : « Il s'agit de nudité. Ce niveau montre des images ou des vidéos de nudité partielle ou complète dans un cadre légitime »; Niveau 3 : « Ce niveau est désigné par érotisme, car il présente des images clandestines d'enfants en sous-vêtements ou nus »; Niveau 4 : Il s'agit de clichés d'enfants, intentionnellement suggestifs à caractère sexuel »; Niveau 5 : « Il s'agit de poses érotiques. Des images ou des vidéos à caractère sexuel ou provocant »; Niveau 6 : « Dans ces poses érotiques, l'accent est mis sur les parties génitales de l'enfant »; Niveau 7 : « Les images montrent une activité sexuelle de la part de l'enfant: la masturbation, le sexe oral ou les attouchements sexuels. Toutefois, ce niveau implique des actes exécutés uniquement entre les enfants, il n'implique pas directement un adulte »; Niveau 8 : « Le contenu des images et des vidéos du huitième niveau, que l'on nomme agression, se distingue par la participation d'un adulte aux activités sexuelles »; Niveau 9 : « L'agression choquante, qui est le neuvième niveau, présente une agression sexuelle avec pénétration d'un enfant par un adulte »; et Niveau 10 : « Le dernier niveau, sadisme/bestialité, présente des images ou des vidéos, dont le contenu est associé à la bestialité, au sadisme ou au fait d'infliger de la douleur à un enfant ».

¹⁷⁶⁰ *Supra*, p. 64.

¹⁷⁶¹ C PAQUIN, préc., note 1137, p. 31. Voir : *Supra*, p. 169.

¹⁷⁶² C.crim., art. 718.2 b).

¹⁷⁶³ Johanne LAUZON, « Pornographie juvénile et Internet », (2005) *La dépêche – Doctrine*, SOQUIJ, en ligne : <http://www.soquij.qc.ca/ladepeche/arch_doct/doc20050421.shtml>, (consulté le 23 sept. 2009). En outre, l'auteur montre que plus l'accusé est jeune, qu'il reconnaît qu'il souffre d'une certaine déviance sexuelle, et qu'il souhaite suivre une thérapie, les juges décident d'accorder une peine à purger dans la collectivité. Le risque de récidive est dans ce cas moins important et la réinsertion est donc plus facile notamment en raison de son jeune âge. Voir : la revue jurisprudentielle sur la détermination des peines dans l'arrêt *R. c. Landreville* (préc., note 1405).

éviter tout risque, surtout avec une opinion publique très intolérante envers cette infraction et de ces auteurs. Cette approche rend évidemment la réhabilitation et à la réinsertion des délinquants sexuels plus difficile¹⁷⁶⁴. En outre, l'examen de la jurisprudence canadienne et française permet de déduire que les juges sont plus sévères, lorsque ce sont des jeunes mineurs qui ont été abusés par des adultes ayant autorité sur eux et, lorsqu'il y a eu possession de pédopornographie suivi d'un passage à l'acte¹⁷⁶⁵.

II. L'instauration d'un régime « médico-juridique » : la neutralisation des délinquants sexuels dangereux

Le régime juridique dérogatoire des délinquants sexuels se reflète dans le large éventail des peines qui semblent de plus en plus s'orienter vers le « médico-juridique ». La prison semble continuer de jouer le rôle des hôpitaux généraux et des dépôts des personnes marginalisées ou malades mentales¹⁷⁶⁶. En principe, un délinquant malade n'est pas pénalement responsable¹⁷⁶⁷. Néanmoins, en France, il reste punissable en tenant compte de cette circonstance lors de la détermination de la peine¹⁷⁶⁸. Par contre, au Canada, il ne bénéficie d'une atténuation de responsabilité que s'il « [est] atteint de troubles mentaux qui [le] rendaient incapable de juger de la nature et de la qualité de l'acte ou de l'omission, ou de savoir que l'acte ou l'omission était mauvais »¹⁷⁶⁹. Il en va différemment pour les délinquants sexuels. Ils sont « de plus en plus traité[s] par le législateur comme étant à la fois malade et responsable, assimilation qui est pourtant loin d'être cohérente »¹⁷⁷⁰. Leur

¹⁷⁶⁴ Le système juridique canadien possède un programme de réinsertion et réhabilitation pour les détenus, comme les visites familiales privées, car il a été démontré que garder le lien familial permet de diminuer les chances de récidives. Voir : Marion VACHERET, « Les visites familiales privées au Canada, entre réinsertion et contrôle accru : portrait d'un système », (fév. 2005) II *Champ pénal*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/document81.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁷⁶⁵ Par exemple : *R. c. McCrady*, (2003) A.J. N° 506 (P.C. Alta); *R. c. Fawthrop*, 2002 CanLII 45004 (ON C.A.), (2002) 166 C.C.C. (3d) 97 (C.A. Ont.); *R. c. Lévesque*, 2002 CanLII 41137 (QC C.A.); J.E. 2002-1224 (C.A.Q.); *R. c. R.W.* (2001) O.J. 2810 (Ont. Sup. Ct.).

¹⁷⁶⁶ P. LANDREVILLE, préc., note 1405, p. 39.

¹⁷⁶⁷ C.pén., art. 122-2, al. 1; C.crim., art. 16. Voir : *Kjeldsen c. La Reine*, [1981] 2 R.C.S. 617, 1981 CanLII 218, 64 C.C.C. (2d) 161, 28 C.R. (3d) 81; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149, 51 C.C.C. (2d) 129, 18 C.R. (3d) 138.

¹⁷⁶⁸ C.pén., art. 122-2, al. 2.

¹⁷⁶⁹ C.crim., art. 16 (1). Voir : *R. c. Landry*, [1991] 1 R.C.S. 99, 1991 CanLII 114, 62 C.C.C. (3d) 117, 22 C.R. (4th) 268; *R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, 1980 CanLII 184, 51 C.C.C. (2d) 193, 13 C.R. (3d) 129; *Cooper c. La Reine*, préc., note 1767 : « L'article 16 du *Code criminel* n'énonce pas un critère d'aliénation mentale mais, plutôt, les critères dont il faut tenir compte pour déterminer la responsabilité criminelle »; *Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, 1976 CanLII 165 (sens légal de « mauvais »).

¹⁷⁷⁰ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 216.

état dangereux est un élément permettant de les considérer de manière différente dans le but de sauvegarder la société et ainsi prévenir de nouvelles victimes dans le groupe de personnes à protéger contre tout danger, les mineurs. Dans ce dessein, nous pouvons remarquer que les juges s'adressent de manière systématique à des experts dans certains cas, notamment pour des affaires relatives à la pédophilie. Ils cherchent à être le plus objectif possible en recourant de plus en plus à la science. C'est ainsi que les mesures de sûreté sont devenues la solution dans cette optique de protection préventive¹⁷⁷¹. Le traitement des délinquants sexuels devient alors essentiel, surtout lorsqu'ils présentent un état dangereux et donc un risque pour la société. Toutefois, il y a une difficulté. En effet, « si la délinquance sexuelle était nécessairement une maladie (...), la personne devrait être internée et non pas condamnée et devrait avoir automatiquement le droit aux « soins de santé » qui s'y rapportent »¹⁷⁷². Or, en plus d'être traités, les délinquants sexuels sont responsables pénalement de leurs actes, contrairement aux délinquants déficients mentaux. En outre, il semblerait que « les peines ne soient pas atténuées mais plutôt durcies sur le fondement de tels trouble »¹⁷⁷³. Pourquoi cette différence de traitement si les deux catégories de délinquants sont dangereux pour la société? Dans tous les cas, il y a neutralisation et la réhabilitation n'est possible, non plus à l'expiration de la peine, mais à la fin du traitement¹⁷⁷⁴. Même si ce traitement n'est pas forcément obligatoire, il entraîne néanmoins un alourdissement de la peine en cas de refus. Dans ces conditions, « cet acquiescement apparaît (...) serf »¹⁷⁷⁵, voire « hypocrite »¹⁷⁷⁶, mais il respecte le *Code de la santé publique*¹⁷⁷⁷. En plus d'une certaine sévérité, la peine semble se détourner de son objectif initial qui était de sanctionner un crime ou un délit et de dissuader¹⁷⁷⁸. Un changement de paradigme se crée. Dorénavant, celle-ci sert à maintenir « à l'écart un individu jugé dangereux. Elle devient alors une mesure de sûreté pour la société » et un

¹⁷⁷¹ Voir : Bernard BOULOC, *Pénologie: exécution des sanctions adultes et mineurs*, Précis, 3e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 41-48.

¹⁷⁷² ÉCOLE DES SCIENCES CRIMINOLOGIQUES LÉON CORNIL, préc., note 426, p. 33.

¹⁷⁷³ J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 786.

¹⁷⁷⁴ D. BORRILLO, « La liberté érotique et « exception sexuelle » », préc., note 631, p. 60.

¹⁷⁷⁵ Xavier LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », (2001) *Rev. Sc. crim.* 521.

¹⁷⁷⁶ P. COUV RAT, préc., note 1660; J. CASTAIGNÈDE, préc., note 1679.

¹⁷⁷⁷ En effet, un médecin doit préalable à tous soins demander le consentement de son patient (http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=E90DB671C848AA81A9E9EFC575F0A085.tpdjo04v_3?idArticle=LEGIARTI000006685767&cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20090403 *Code de la santé publique*, art. L1111-4).

¹⁷⁷⁸ R. DATI, discours, 08 janv. 2008, préc., note 1667, p. 3; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », préc., note 1659.

traitement médical¹⁷⁷⁹ (A). Dès lors, l'expert possède une place non négligeable dans la détermination de la peine et plus particulièrement lorsqu'il est question de délinquance sexuelle. Une certaine concurrence s'entrevoit entre la science et la justice. En effet, un équilibre doit être trouvé pour que le juge ne se sente pas lié par le résultat des expertises (B).

A) Le changement épistémologique des peines

Nous sommes face, depuis quelque temps, à une justice de sûreté et de diagnostic qui a malheureusement tendance à violer les droits de l'homme ou les droits humains et, le fondement de la réinsertion sociale, dans le but de fixer la délinquance dans des proportions acceptables pour la société¹⁷⁸⁰. En effet, des peines complémentaires¹⁷⁸¹ assorties aux traditionnelles, à savoir l'emprisonnement ou l'amende, et le système des peines alternatives¹⁷⁸² ou les mesures de rechange¹⁷⁸³ se sont développées aussi bien dans le droit canadien que français. Elles viennent renforcer la sanction et traiter les récidivistes. Elles sont plus ou moins contraignantes, selon que le contrevenant présente ou non un état dangereux pour la société. Il s'agit pour l'essentiel d'interdictions et d'obligations assorties aux peines principales. En France, la question constitutionnelle s'est posée sur la nature juridique de ces peines. Est-ce des peines ou des mesures de sûreté? Selon la réponse, le principe de non-rétroactivité de la loi peut ne pas s'appliquer. Dans un premier temps, la Cour de cassation avait qualifié ces mesures de peines complémentaires, ce qui interdisait

¹⁷⁷⁹ *Id.*, R. DATI.

¹⁷⁸⁰ « En somme, on se met à penser la délinquance comme une maladie dont il faut endiguer la progression dans le corps social afin d'épargner de nouvelles victimes. On la diagnostique par des courbes à la hausse ou à la baisse, on la prévient par des stratégies hygiénistes, on la combat par des lois pénales plus dures. Le but de ces dispositifs de sécurité est de la fixer dans des proportions acceptables pour la société, dans une moyenne qui réduise sa progression menaçante » (D. SALAS, préc., note 16, p. 61); Manuel LOPEZ-REY, « Quelques réflexions sur le danger de la notion de dangerosité », dans C. DEBUYST et F. TULKENS (dir.), préc., note 1662, p. 327-333, à la page 328. P. COUV RAT, préc., note 1660. Voir : *Steele c. Établissement Mountain*, [1990] 2 R.C.S. 1385, (1991) 60 C.C.C. (3d) 1, 80 C.R. (3d) 257.

¹⁷⁸¹ C.pén., art. 131-10 et suiv. Par exemple : confiscation du matériel obscène ou pédopornographique (C.crim., art. 164 (4)).

¹⁷⁸² C.pén., art. 131-19 et suiv. « Principe selon lequel le juge pénal peut substituer à la peine d'emprisonnement prévue pour un délit une mesure privative ou restrictive de droits ou un travail d'intérêt général. Cette solution est également applicable pour l'amende qu'elle soit correctionnelle ou contraventionnelle » (Serge GUINCHARD et Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 405). Par exemple : le bracelet électronique.

¹⁷⁸³ C.crim., art 716 et 717.

toute application rétroactive¹⁷⁸⁴. Puis dans un second temps, cette question a été posée au Conseil constitutionnel en ce qui concerne la *Loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales*¹⁷⁸⁵. Il a décidé que le port du bracelet électronique et le suivi judiciaire constituaient de simples « modalité[s] d'exécution de la peine »¹⁷⁸⁶, donc des mesures de sûreté qui échappent au principe de non-rétroactivité. Ces mesures sont

« d'une nature différente de la peine. En effet, la peine est une sanction édictée par la loi et prononcée par une juridiction pénale, et dont l'objectif est de réprimer la commission d'une infraction (...). Imposée dans un but de défense sociale par les magistrats, la mesure de sûreté est, quant à elle, dépourvue de tout but répressif. Elle est destinée à prévenir le risque de réitération ou de récidive grâce à la resocialisation de la personne, sa soumission à un traitement. »¹⁷⁸⁷

C'est ainsi que des peines complémentaires, qui peuvent s'apparenter à des mesures de sûreté¹⁷⁸⁸, ont été mises en place dans un but préventif (1). Autrement dit, la peine n'est plus seulement une sanction, elle sert également à protéger la société contre tous les récidivistes, la nouvelle menace¹⁷⁸⁹. La justice actuelle s'oriente donc vers une certaine médicalisation, prévention et sévérité plus particulièrement pour les infractions sexuelles à l'encontre des mineurs. En outre, pour véritablement neutraliser ces délinquants sexuels dangereux, dans l'optique du principe de la précaution, des mesures de rétention de sûreté ont été mises en place dernièrement en France (2). Elles s'inspirent du modèle canadien. Ces mesures sont justifiées en raison du danger potentiel que représente la personne pour la société¹⁷⁹⁰.

¹⁷⁸⁴ C.cass.crim., 2 sept. 2004, *Bull crim.*, n° 197; P. PONCELA, préc., note 1653.

¹⁷⁸⁵ C.const., 8 déc. 2005, préc., note 1666.

¹⁷⁸⁶ *Id.*; François LUCHAIRE, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987, p. 400.

¹⁷⁸⁷ Jean-François BURGELIN, *Santé, justice et dangersités, pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport, Commission Santé-Justice, Ministère de la Justice, Ministère des solidarités, de la santé et de la famille, 6 juil. 2005, en ligne : <http://www.sante.gouv.fr/htm/actu/sante_justice/sommaire.htm>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 71. Claudia GHICA-LEMARCHAND, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », (20 août 2009) 5 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*. 1381.

¹⁷⁸⁸ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1360; Martine HERVOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté », *Recueil Dalloz*.2008.chron.3098 : « l'hybridation des mesures essentielles, participant aussi de la complexification du droit ».

¹⁷⁸⁹ « Le récidiviste est un délinquant d'une nature spéciale » (A. PRINS, préc., note 1659, p. 76 et 77).

¹⁷⁹⁰ R. c. *Lyons*, préc., note 334; *Desormeaux c. Directeur de l'Institut de Laval*, [1986] R.J.Q. 2406 (C.S.).

1) Les interdictions et les obligations assorties à la peine

Actuellement, un certain paradoxe peut être mis en exergue. En effet, « on voit de plus en plus se développer les solutions de rechange à l'emprisonnement et les mesures de déjudiciarisation alors que l'on continue à mettre l'accent sur la dangerosité »¹⁷⁹¹. Celle-ci, toujours dans cet esprit de prévention des risques envers de nouvelles victimes mineures, a justifié le développement de peines assorties d'« obligations ou d'interdictions destinées à éviter un nouveau passage à l'acte »¹⁷⁹². Il s'agit en droit français du suivi socio-judiciaire qui astreint le condamné « à des mesures de surveillance et d'assistance destinées à prévenir la récidive »¹⁷⁹³. C'est ainsi que les juges peuvent, après avoir reconnu la responsabilité pénale du délinquant, décider de l'astreindre à des ordonnances d'interdiction qui viennent gravement porter atteinte aux libertés individuelles. Toutefois, l'arrêt *R. c. Heywood*¹⁷⁹⁴ a décidé que ces interdictions n'allaient pas à l'encontre de l'article premier de la *Charte canadienne*¹⁷⁹⁵, en raison de sa précision et sa portée limitée. En effet, l'article 161 du C.crim., interdit par le biais d'une ordonnance, qui peut être perpétuelle, aux contrevenants dangereux ayant commis des infractions sexuelles à l'encontre de mineurs de moins de quatorze ans, comme la pédopornographie, de se trouver dans un parc public ou une zone publique où ils sont susceptibles de rencontrer des mineurs, « de chercher, d'accepter ou de garder un emploi (...) ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans » et d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne mineure. L'article 131-36-2 du C.pén. est son corollaire¹⁷⁹⁶, mais un autre article peut également l'être. Il s'agit de l'article 723-30 du C.p.p. relatif « à la surveillance judiciaire des personnes dangereuses condamnées pour crime ou délit ». Ces dispositions françaises

¹⁷⁹¹ P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, préc., note 1662, p. 215; D. SALAS, préc., note 16, p. 144.

¹⁷⁹² R. DATI, Discours, 17 oct. 2008, préc., note 1716, p. 4; C.pén., art. 131-10.

¹⁷⁹³ C.pén., art. 131-36-1 - 131-36-8. Voir : X. LAMEYRE, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicables après la loi du 9 mars 2004 et avant la loi relative au traitement de la récidive », préc., note 1405.

¹⁷⁹⁴ *R. c. Heywood*, préc., note 57.

¹⁷⁹⁵ *Charte canadienne*, préc., note 52.

¹⁷⁹⁶ C.pén., art. 131-36-2 : « Les mesures de surveillance applicables à la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire sont celles prévues à l'article 132-44. Le condamné peut aussi être soumis par la décision de condamnation ou par le juge de l'application des peines aux obligations prévues à l'article 132-45. Il peut également être soumis à une ou plusieurs obligations suivantes : 1° S'abstenir de paraître en tout lieu ou toute catégorie de lieux spécialement désigné, et notamment les lieux accueillant habituellement des mineurs; 2° S'abstenir de fréquenter ou d'entrer en relation avec certaines personnes ou certaines catégories de personnes, et notamment des mineurs, à l'exception, le cas échéant, de ceux désignés par la juridiction; 3° Ne pas exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec des mineurs ».

sont différentes des règles canadiennes sur deux points; d'une part, elles s'appliquent à tout mineur de moins de dix-huit ans et d'autre part, ces obligations sont à durée limitée¹⁷⁹⁷. Ces textes ont donc un champ d'application plus large et sont tout aussi contraignants, puisque cette surveillance judiciaire peut être renouvelée¹⁷⁹⁸.

Cette peine complémentaire est érigée indéniablement dans l'objectif de protéger les futures victimes des délinquants sexuels dangereux. Autrement dit, « [l]e risque en termes d'atteinte aux libertés individuelles (liberté d'aller et de venir, présomption d'innocence, principe de légalité...) passe au second plan. La seule éventualité qu'il faut prévoir est la récidive »¹⁷⁹⁹. Cette mesure revêt donc un caractère préventif indéniable fondé sur le risque qu'engendre l'état dangereux de l'individu. De ce fait, cette peine comporte une part de mesure de sûreté fondée sur un état potentiellement dangereux d'une personne pour éviter de possibles victimes. Par conséquent, à partir de suppositions établies, notamment par les expertises médicales, mais conformément à la théorie de la défense sociale nouvelle, le législateur se donne le droit de neutraliser, voire de retirer de la société, un individu qui présente un risque éventuel, mais pas forcément avéré, pour l'ensemble de la population dont le groupe le plus vulnérable, les mineurs. Les atteintes aux droits fondamentaux de la personne sont justifiées, car le risque, même potentiel ou hypothétique, n'est pas tolérable dans nos sociétés actuelles. Dès lors, aujourd'hui nous sommes face à une justice de précaution, voire une « social-justice » autant nourrie par un État-providence que par une « République pénalisée »¹⁸⁰⁰ qui se préoccupe principalement des victimes.

Toutefois, dans cet esprit de respect des droits de la personne, ces ordonnances de surveillance judiciaire, dont la durée peut varier entre la perpétuité et la période dont le tribunal juge souhaitable lorsque le délinquant est déclaré dangereux¹⁸⁰¹, sont modifiables si la situation a évolué, à savoir que le sujet ne représente plus de danger manifeste pour la société et plus particulièrement pour les mineurs¹⁸⁰². Par contre, le législateur français a préféré adjoindre à ces peines des délais déterminés, comme c'est également le cas pour les

¹⁷⁹⁷ C.pén., art. 131-36-1; C.p.p., art. 723-29.

¹⁷⁹⁸ C.pén., art. 723-29 et 723-34.

¹⁷⁹⁹ D. SALAS, préc., note 16, p. 192.

¹⁸⁰⁰ *Id.*; X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », préc., note 1775.

¹⁸⁰¹ C.crim., art. 161 (2); C.p.p., art. 723-29 et suiv.

¹⁸⁰² C.crim., art. 161 (3); C.p.p., art. 723-33 et 723-34.

délinquants à contrôler de l'article 753.1 (3) du C.crim.¹⁸⁰³, afin de respecter le principe de la légalité des peines. Elles ne peuvent « excéder dix ans en cas de condamnation pour délit ou vingt ans en cas de condamnation pour crime »¹⁸⁰⁴ pour les personnes à surveiller et, pour les personnes dangereuses « pendant une durée qui ne peut excéder celle correspondant au crédit de réduction de peine ou aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait »¹⁸⁰⁵. Mais cette durée très élevée laisse entrevoir une certaine hypocrisie de la part du législateur français. En outre, peut-être que celui-ci aurait dû se calquer sur la législation canadienne qui prévoit une nouvelle évaluation sur l'état dangereux et, deux catégories de délinquants, les délinquants dangereux et ceux à contrôler¹⁸⁰⁶. Dans le droit français, comme son homologue canadien, il s'agit d'une prévention situationnelle où les obligations et les interdictions sont centrées sur la coupure de tout rapport avec les mineurs, afin de les protéger¹⁸⁰⁷. Un véritable contrôle de l'individu est donc mis en place toujours dans cette tendance contemporaine de combiner le risque, la prévention et la précaution.

En outre, en France, le suivi socio-judiciaire peut comprendre une injonction de soins si la dangerosité du contrevenant est avérée par une expertise médicale¹⁸⁰⁸. Le législateur suit ainsi le modèle canadien en soumettant le délinquant sexuel potentiellement dangereux à une peine et à un traitement médical. Celui-ci y est assujéti afin de réduire le risque de récidive en lui apportant des soins pour traiter cet état dangereux. Il s'agit d'une obligation de soins pour les contrevenants sexuels, notamment à l'encontre des mineurs. Cette injonction de soins est devenue systématique et a été généralisée par la *Loi du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*¹⁸⁰⁹. En outre, le refus de

¹⁸⁰³ « S'il déclare que le délinquant est un délinquant à contrôler, le tribunal lui inflige une peine minimale d'emprisonnement de deux ans pour l'infraction dont il a été déclaré coupable et ordonne qu'il soit soumis, pour une période maximale de dix ans, à une surveillance de longue durée ».

¹⁸⁰⁴ C.pén., art. 131-36-1.

¹⁸⁰⁵ C.p.p., art. 723-29.

¹⁸⁰⁶ C.crim., art. 761.

¹⁸⁰⁷ J. CASTAIGNÈDE, préc., note 1679.

¹⁸⁰⁸ C.pén., art. 131-36-4. L'injonction de soins peut être également une peine complémentaire (art. 131-10 du même code). C.p.p., art. 723-31.

¹⁸⁰⁹ G. GEOFFROY, préc., note 1693, p. 8; *Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs*, préc., note 1654. Cette loi a dégagé deux types de mesures en ce qui concerne l'injonction de soins. Les premières « a » ont pour objet d'en étendre le champ d'application; ainsi alors qu'elle était facultative dans le cadre d'un suivi socio-judiciaire, elle y devient obligatoire, sauf décision contraire de la juridiction, dès lors qu'il est établi, après expertise médicale, que le condamné est susceptible de faire l'objet d'un traitement (art. 131-36-4 *Code pénal*) dans le même esprit et sous les mêmes réserves, l'injonction de soins fait désormais partie des obligations attachées à un sursis probatoire (art. 132-45-1 *Code*

suivre un tel traitement entraîne la non-application des réductions de peines ou de la libération conditionnelle¹⁸¹⁰. Elle se veut incitative¹⁸¹¹. Depuis 2005, en France, il est possible de soumettre ces derniers à « un traitement médical limitant la libido », comme une castration chimique avec leur consentement¹⁸¹². Néanmoins, celui-ci fait l'objet d'un certain débat sur le fait qu'il ne serait pas nécessaire dans certains cas¹⁸¹³. La peine a désormais deux volets, un répressif et un autre médical qui doit se dérouler dans le respect de la dignité de la personne lors des soins¹⁸¹⁴. Ces différentes mesures créées dans un but sécuritaire ne sont que des lois « très populaires politiquement et publiquement, plusieurs législatures les ont acceptées de façon unanime, car elles donnent au public une perception de contrôle et de sécurité dans leurs communautés »¹⁸¹⁵. Par conséquent, la justice actuelle, surtout en France, semble plus préoccupée de répondre aux pressions et aux craintes de

pénal dont l'entrée en vigueur est repoussée au 1^{er} mars 2008) ou à un placement sous surveillance judiciaire (art. 730-30 *Code pénal*); b) les secondes sont incitatives : le bénéfice des réductions supplémentaires de peines ou celui de la libération conditionnelle est écartée lorsque la personne condamnée par un crime ou un délit par lequel le suivi socio-judiciaire est encouru refuse pendant son incarcération de suivre le traitement qui lui est proposé ou ne s'engage pas à suivre ce traitement après sa libéralisation » (Gabriel ROUJOU DE BOUBÉE, Thierry GARÉ, Marie-Hélène GOZZI et Solange MIRABAIL, « Droit pénal, nov. 2006 – sept. 2007 », (2007) 37 *Recueil Dalloz*. 2632-2641, à la page 2637).

¹⁸¹⁰ C.p.p., art. 723-35; C.pén., art. 131-36-1.

¹⁸¹¹ G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, M.-H. GOZZI et S. MIRABAIL, préc., note 1809.

¹⁸¹² Art. L3711-3 du *Code de la santé publique* introduit par la *Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales*, préc., note 1654. Voir : ASSEMBLÉE NATIONALE, *Proposition de loi n°1944 visant à imposer aux condamnés récidivistes auteurs d'agressions sexuelles un traitement médical limitant la libido*, 24 nov. 2004, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1944.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁸¹³ En effet, la *Proposition de loi relative à la castration chimique des criminels sexuels* (Assemblée Nationale, n°203, 13^{ème} législature, 27 septembre 2007, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/castration_chimique_criminels_sexuels.asp>) souhaite donner le pouvoir au juge d'imposer une castration chimique sans le consentement du condamné, lorsqu'il est jugé pour crime sexuel (C.pén., art. 222-23 – 222-31-1). Dans ce cas, la personne condamnée n'est plus considérée comme un patient ayant le pouvoir de décider s'il veut être ou non soignée. Il doit, par cette proposition de loi, obligatoirement se soumettre au traitement utilisant des médicaments qui entraînera la diminution de la libido. Par conséquent, les délinquants sexuels possèdent un régime hors du droit commun, voire même allant à l'encontre du respect des droits des personnes de prendre ou non un traitement médical.

¹⁸¹⁴ Voir : X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », préc., note 1775.

¹⁸¹⁵ William EDWARDS et Christopher HENSLEY, « Contextualizing sex offender management legislation and policy : Evaluating the problem of latent consequences in community notification laws », (2001) 45 *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 83-101, en ligne : <<http://ijo.sagepub.com/cgi/content/abstract/45/1/83>>, (consulté le 23 sept. 2009); Mary Ann FARKAS et Amy STICHMAN, « Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled? » (2002) 27 *Criminal Justice Review*, 256-283, en ligne : <<http://cjr.sagepub.com/cgi/content/abstract/27/2/256>>, (consulté le 23 sept. 2009); Daniel BELLEMARE et Geneviève MARTEL, *Le Québec, une référence internationale en matière de recherche et de traitement en délinquance sexuelle... Quand serons-nous « prophètes en notre pays »?*, Société de criminologie du Québec, 5 nov. 2007, en ligne : <http://www.societecrimino.qc.ca/lettres_traitement_delinquance_sexuelle.php>, (consulté le 23 sept. 2009).

l'opinion publique alimentées par le réseau Internet¹⁸¹⁶, afin de faire face aux prérogatives imposées par l'État-providence, voire l'« État-pénitence »¹⁸¹⁷. En outre, en imposant des soins à des délinquants sexuels, jugés responsables, la peine change de fonction et la justice semble s'orienter vers « une justice thérapeutique »¹⁸¹⁸, voire « pédagogique ». Elle vient ainsi traiter les indésirables.

2) Les mesures de sûreté, privatives de liberté

L'objectif principal est fondamentalement celui de prévenir l'infraction et ainsi protéger la société en procédant à l'élimination des criminels dangereux¹⁸¹⁹. Les solutions dégagées sont multiples et elles ont fait l'objet de nouvelles lois en France et au Canada. C'est ainsi que le législateur canadien a élaboré un nouveau *projet de loi C-43 modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et le Code criminel*¹⁸²⁰, qui vise à faire de la protection la société un critère prépondérant dans le cadre du processus correctionnel¹⁸²¹, « à renforcer le système correctionnel fédéral et de libération conditionnelle de manière à faire valoir davantage les droits des victimes et d'augmenter les responsabilités des délinquants »¹⁸²². En outre, le législateur français s'est mis dernièrement

¹⁸¹⁶ M. Robert BADINTER « a observé que le suivi socio-judiciaire illustre les difficultés du système français, puisque ce dispositif avait été mis en place pour répondre à une forte pression de l'opinion publique mais que, faute de moyens, il n'avait pas répondu aux espoirs. Le législateur était alors conduit, selon lui, à adopter de nouveaux instruments juridiques sans plus de garanties que les moyens nécessaires soient mis en œuvre » (P. GOUJON et C. GAUTIER, préc., note 1671, p. 36 et 37).

¹⁸¹⁷ Loïc WACQUANT, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999, p. 71-94; X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », préc., note 1775.

¹⁸¹⁸ Propos Régine BARTHÉLÉMY, dans Anne-Sophie HOJLO et François SIONNEAU, *Hôpitaux-prisons, irresponsabilité : l'avis d'acteurs du système*, Nouvelobs.com, 13 juin 2008, en ligne : <http://tempsreel.nouvelobs.com/speciales/la_justice_sous_pressions/20071102.OBS2703/hopitauxprisons_ir_responsabilite_lavis_dacteurs_du_sys.html>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁸¹⁹ Les rapports de Jean-Paul GARRAUD (*Réponses à la dangerosité*, Rapport sur la Mission parlementaire, Député de la Gironde, sur la Dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, La Documentation française, 2006, en ligne : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000800/0000.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009)) et de Philippe GOUJON et Charles GAUTIER (préc., note 1671) « ont conclu à la nécessité de mettre en place un dispositif permettant d'écarter de la société les délinquants les plus dangereux » (R. DATI, Discours, 08 janv. 2008, préc., note 1667, p. 7; R. DATI, Discours, 30 janv. 2008, préc., note 1667, p. 2).

¹⁸²⁰ *Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et le Code criminel*, projet de loi n° C-43 (dépôt et 1^{ère} lecture – 16 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.) (ci-après cité « *Projet de loi C-43* »).

¹⁸²¹ *Id.*, art. 4.

¹⁸²² SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *La « protection de la société » deviendra le principal objectif du système correctionnel*, 16 juin 2009, en ligne : <<http://www.securitepublique.gc.ca/media/nr/2009/nr20090616-fra.aspx?rss=false>>, (consulté le 23 sept. 2009); Peter VAN LOAN, *Rapports sur les plans et les priorités 2009-2010*, Ministère de la Sécurité publique,

en campagne contre la récidive et la prévention par la mise en place de mesures de rétention de sûreté et de surveillance de sûreté¹⁸²³, dont le régime ressemble au modèle canadien. Il s'agit de surveiller, sur une simple expertise médicale et après avoir purgé leurs peines, les personnes susceptibles d'être dangereuses pour la société¹⁸²⁴. Cette décision, en droit français, n'est pas considérée comme une peine, mais comme une mesure de sûreté qui permet ainsi l'inapplication du principe de non-rétroactivité¹⁸²⁵. En effet, « parce que la mesure de sûreté n'est pas une peine, elle est d'application immédiate aux situations en cours »¹⁸²⁶. De ce fait, elle s'applique à tous faits ou toutes condamnations antérieures. Dès lors, toute personne présentant un risque élevé de récidive ou de renouvellement d'infraction, donc un état de dangerosité, peut se voir contraint à une mesure de sûreté. Le but poursuivi est alors atteint en enfermant rétroactivement toutes les personnes dangereuses pour la société. Selon l'auteur Yves Mayaud, cette rétroactivité « présente plus d'intérêt pour le passé que pour l'avenir »¹⁸²⁷. Par conséquent, les principes fondamentaux du droit criminel ne s'y appliquent pas, ce qui laisse plus de liberté aux juges. Une question se pose. « Allons-nous basculer d'une justice de liberté vers une justice de sûreté? »¹⁸²⁸. Comme nous allons le montrer, la réponse semble s'orienter vers la seconde solution. La mesure de sûreté est désormais privative de liberté¹⁸²⁹. Néanmoins, « une « légalité » propre à la matière, une légalité en quelque sorte de substituts existe. Elle est « fondée sur l'article 9 de la Déclaration [de 1789] qui veut que la liberté individuelle ne subisse aucune entrave excessive »¹⁸³⁰.

Une partie complète du *Code criminel canadien* est consacrée aux délinquants dangereux et à contrôler¹⁸³¹. En effet, un délinquant peut être déclaré comme dangereux par les juges et

Service correctionnel du Canada, 2009, en ligne : <<http://www.tbs-sct.gc.ca/rpp/2009-2010/inst/pen/pen00-fra.asp>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁸²³ C.p.p., art. 706-53-13 et suiv.

¹⁸²⁴ C.p.p., art. 723-31, 706-53-13 et 706-53-14.

¹⁸²⁵ C.const., 8 déc. 2005, préc., note 1666. Voir : Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1364 et 1365 ; Damien ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », (2008) 27 *Recueil Dalloz*.1840, p. 1841 et 1842. Il s'agit d'une peine selon le droit européen.

¹⁸²⁶ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1364.

¹⁸²⁷ *Id.*, p. 1364 et 1365.

¹⁸²⁸ M. KALUSZYNSKI, préc., note 1670.

¹⁸²⁹ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1363 et suiv.

¹⁸³⁰ *Id.*, p. 1362 ; C.const., 2 mars 2004, préc., note 1722 ; D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825, p. 1843-1846.

¹⁸³¹ C.crim., art. 752-761.

purger une peine de détention pour une période indéterminée¹⁸³². Celle-ci « ne constitu[e] pas une peine cruelle et inusitée » et « le régime applicable aux délinquants dangereux ne contrev[ient] pas à l'article 9 de la *Charte [canadienne]*, protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraire »¹⁸³³. Un délinquant est déclaré dangereux, lorsque le tribunal est convaincu qu'il est susceptible de renouveler une infraction, par exemple, dans le domaine sexuel en raison de son « incapacité à contrôler ses impulsions sexuelles et laisse prévoir que vraisemblablement il causera à l'avenir de ce fait des sévices ou autres maux à d'autres personnes »¹⁸³⁴. Par conséquent, seuls les individus présentant un réel risque de récidive et de préjudice grave doivent faire l'objet d'une mesure de sûreté envers la société. Toutefois, les tribunaux conservent un certain pouvoir discrétionnaire « de ne pas déclarer un contrevenant délinquant dangereux même lorsque les conditions légales sont remplies »¹⁸³⁵. C'est ainsi qu'un criminel peut être d'abord déclaré « à contrôler » avant d'être catégorisé « dangereux » pour la société, lorsqu'il « présente un risque élevé de récidive » et qu'« il existe une possibilité réelle que ce risque puisse être maîtrisé au sein de la collectivité »¹⁸³⁶. Le délinquant à contrôler peut purger sa peine dans la collectivité grâce à un traitement et sa détermination à le suivre. C'est pour cette raison que dès qu'il montre une volonté de diminuer les potentiels risques de récidive, il sera considéré comme à contrôler¹⁸³⁷. Par contre, dès qu'il représente un réel danger pour la société du fait d'un risque plus élevé de récidive et aucune volonté d'y remédier, la déclaration de délinquant dangereux sera nécessaire. Par conséquent, l'article 753.1 du C.crim. pose une présomption de dangerosité, voire une présomption de récidive. En effet, celui-ci prévoit, par exemple, que « [l]e tribunal est convaincu que le délinquant présente un risque élevé de récidive si (...) celui-ci a été déclaré coupable d'une infraction visée » à l'article 163.1 du même code relatif à la pédopornographie. Certains principes fondamentaux du droit sont affectés, comme celui de la présomption d'innocence, puisque le délinquant sera présumé dangereux

¹⁸³² C.crim., art. 753; *R. c. Lyons*, préc., note 334 (constitutionnalité de l'al. 5).

¹⁸³³ *Id.*, *R. c. Lyons*; COMITÉ LÉGISLATIF CHARGÉ DU PROJET DE LOI C-27, *Témoignages*, 39^e législature, 1^{re} session, 6 juin 2007, en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3016937&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>>, (consulté le 23 sept. 2009), propos de M. Tony Cannavino, § 1535.

¹⁸³⁴ C.crim., art. 753 (1) b).

¹⁸³⁵ *R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, 177 C.C.C. (3d) 97, [2003] A.C.S. n°45 (QL), J.E. 2003-1825, R.E.J.B. 2003-47808, J.C.P.Q. 2003-128.

¹⁸³⁶ *Id.*; C.crim., art. 753.1.

¹⁸³⁷ Voir : *R. v. Goodwin*, (2002) 173 B.C.A.C. 35, (2003) 168 C.C.C. (3d) 14, [2002] B.C.J. n°2116 (QL) (C.A.C.-B.); *R. c. Boyer*, [2003] J.Q. n°19117 (QL), J.E. 2004-647 (C.Q.); *R. c. Doucet*, [2000] R.J.Q. 313 (C.Q.), J.E. 2000-26.

ou à contrôler avant même qu'il repasse à l'acte, afin de protéger les futures victimes¹⁸³⁸. Le législateur, toujours dans cet esprit de prévention et de sécurité, s'oriente vers une justice de l'anticipation¹⁸³⁹, qui pourtant porte atteinte à certains principes fondamentaux du droit, et vers une quête morale de punir ceux qui présentent un danger pour la société.

Une précision doit être apportée ici, à savoir que la dignité personnelle du délinquant est reléguée au second plan, puisque celle qui prime est celle des mineurs. En effet, les délinquants sexuels ont clairement tendance à être traités comme des indésirables, voire des animaux¹⁸⁴⁰. Leur dignité personnelle ne compte pas, seul leur état dangereux est mis en avant. C'est ainsi que la dignité fondamentale se retrouve au final mise à mal. Réduire « un être humain à sa seule dangerosité, reviendrait, en effet, à lui refuser toutes autres caractéristiques que l'on accepterait de reconnaître dans les « autres » membres de la communauté humaine – les « non-dangereux » - et, par ce mouvement réducteur, à refuser d'admettre son *égale dignité* »¹⁸⁴¹. Par conséquent, le législateur scinde en deux catégories la société, d'un côté, les normaux qui ne sont pas dangereux, et de l'autre côté, les dangereux et ceux à contrôler. Finalement, cela revient à la séparation binaire du bien et du mal, jadis utilisée par la morale. Il s'agit désormais d'un écart à la normalité et non pas à la normativité en se préoccupant de la dangerosité du délinquant¹⁸⁴². De manière générale,

« [c]'est exactement par ce basculement de la sphère de la responsabilité pénale (culpabilité) vers celle sociale (dangerosité), de la sanction de l'acte passé vers la prévention de l'acte futur, et de la norme juridique vers la normalité comportementale, que peut apparaître la remise en cause de l'égale dignité des délinquants sexuels et des malades mentaux : les déclarer déviants, c'est, nécessairement et à leur détriment, les marginaliser, les faire êtres-moins par comparaison à ceux pris en

¹⁸³⁸ D. SALAS, préc., note 16, p. 93 et 94.

¹⁸³⁹ « La nouvelle loi d'orientation et de programmation doit donc permettre au ministère de l'intérieur de renforcer ses capacités dans l'anticipation, la prévention, la protection, la lutte et l'intervention contre les menaces et les risques susceptibles de porter atteinte aux institutions, à la cohésion nationale, à l'ordre public, aux personnes et aux biens, aux installations et ressources d'intérêt général sur le territoire de la République ». (M. ALLIOT-MARIE, *Exposé des motifs du Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, préc., note 1534).

¹⁸⁴⁰ « [L]'animalisation par le discours. Il n'est pas rare, en effet, de voir comparer les délinquants sexuels, et plus particulièrement encore, les pédophiles, à des « prédateurs » renvoyant ainsi une image d'eux semblables à « quelque chose » (...) à rabaisser le délinquant jusqu'à un état purement bestial, c'est-à-dire à un *état de nature* » (italiques tels que dans le texte initial) (Pierre-Jérôme DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », (oct/déc 2007) 4 RSC 797-814, à la page 810) (en italiques tels que dans le texte initial).

¹⁸⁴¹ *Id.*, p. 799.

¹⁸⁴² *Id.*, p. 808; Mireille DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », (2007) 3 RSC 461-472, à la page 464.

exemple (les « non-dangereux » ou les « non-déviant »), et, partant, ne voir en eux que la dimension malfaisante – dimension au demeurant bien insaisissable...- de leur personnalité. »¹⁸⁴³

Les droits de l'homme ou les droits humains se retrouvent ainsi remis en cause¹⁸⁴⁴, mais aussi la responsabilité pénale, puisque l'état dangereux démontré suffit à condamner une personne, même au-delà de la peine une fois purgée. L'objectif principal est donc de neutraliser les individus présentant un comportement anormal du fait de leur dangerosité. Ils ne font plus partie de la société du fait de leur état ce qui justifie, par ailleurs, le fait qu'ils puissent être neutralisés en leur octroyant, sur la base de leur potentielle nocivité, « l'enfermement après l'enfermement »¹⁸⁴⁵.

Les articles 706-53-13 à 706-53-21 et 723-29 à 723-37 du C.p.p. français¹⁸⁴⁶ ont mis en place un régime similaire. Le terme « personnes dangereuses » est désormais rentré dans le droit pénal français. Une précision terminologique doit être faite ici. En effet, le droit criminel canadien parle de « délinquants à contrôler » et de ceux qui sont dangereux¹⁸⁴⁷ ; alors que le droit pénal français préfère utiliser les termes de personnes présentant « une

¹⁸⁴³ P.-J. DELAGE, préc., note 1840, p. 809.

¹⁸⁴⁴ Selon l'auteur Damien ROETS (« La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825, p. 1846 et 1847) qui se fonde sur l'art. 3 de la *Conv.EDH* (préc., note 57), en enfermant ces personnes considérées comme dangereuses à perpétuité, cela revient à la « neutralisation d'un comportement antisocial », et la réclusion de sûreté après la réclusion criminelle peut-être considérée comme une « forme de déshumanisation » : celle de la dégradation par la neutralisation, par la ségrégation ». En outre, « la rétention de sûreté serait ainsi, *par nature*, inhumaine – « peine inhumaine » ou « traitement inhumain », selon la qualification adoptée- ». Mais, il précise également que selon la Cour européenne, notamment dans l'arrêt *V. c. Royaume Uni* du 16 décembre 1999, que « la convention n'interdit pas aux États d'infliger à un enfant ou à un adolescent convaincu d'une infraction grave *une peine d'une durée indéterminée* permettant de maintenir le délinquant en détention ou de le réintégrer en prison à la suite de sa libéralisation *lorsque la protection du public l'exige* ». (italiques tels que dans le texte initial). Voir : *V. c. Royaume Uni* (au principal et satisfaction équitable), n°24888/94, CEDH 1999-IX, en ligne : <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&source=tkp&highlight=24888/94&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁸⁴⁵ P.-J. DELAGE, préc., note 1840, p. 811.

¹⁸⁴⁶ Ces articles ont été introduits par la *Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales* (préc., note 1654). Certains sont appelés à être modifiés par le *Projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale* (Assemblée Nationale, n°1237, 13ème législature, 5 novembre 2008, procédure accélérée par le gouvernement le 22 octobre 2009, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/recidive_criminelle.asp). Celui-ci essaie de tirer les conséquences de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008 (C.const., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, J.O. 26 fév. 2008, p. 3272, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>), (consulté le 23 sept. 2009)) et du rapport du 30 mai 2008 de Monsieur Vincent Lamanda (*Amoindrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, Rapport à M. le Président de la République, 30 mai 2008, en ligne : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000332/0000.pdf>). En effet, la mesure de rétention de sûreté d'une personne doit demeurer l'ultime recours.

¹⁸⁴⁷ C.crim., art. 752 et suiv.

particulière dangerosité »¹⁸⁴⁸ et de celles placées « sous surveillance de sûreté »¹⁸⁴⁹. La surveillance de sûreté est une mesure prononcée lorsque que la rétention de sûreté a cessé¹⁸⁵⁰ et, que la personne présente toujours des risques de récidive. Elle permet également de « prolonger, au-delà du terme fixé pour une mesure de surveillance judiciaire ou un suivi socio-judiciaire, tout ou partie des obligations auxquelles cette personne est astreinte au titre de l'une ou de l'autre de ces mesures, notamment le placement sous surveillance électronique mobile »¹⁸⁵¹. Le lien avec le droit criminel canadien est assez évident. Cette distinction permet d'éviter les erreurs judiciaires et surtout d'imposer un régime lourd de conséquences à un individu qui n'est que potentiellement susceptible de passer à l'acte une autre fois. En effet, la reconnaissance de la responsabilité pénale d'un délinquant ne veut pas nécessairement dire qu'il est dangereux¹⁸⁵². Les mesures de rétention de sûreté sont des actes graves, puisqu'elles permettent de détenir une personne, sans son consentement et pour une période indéterminée¹⁸⁵³, sur le seul motif qu'elle présente un risque élevé de récidive. D'ailleurs, cette dangerosité est « caractérisée par un trouble grave de la personnalité ». En d'autres termes, l'individu déclaré dangereux possède

¹⁸⁴⁸ C.p.p., art. 706-53-13.

¹⁸⁴⁹ C.p.p., art. 706-53-19: « Si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application des articles 706-53-17 ou 706-53-18 et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée d'un an. La surveillance de sûreté comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire mentionnée à l'article 723-30, en particulier une injonction de soins prévue par les articles L. 3711-1 à L. 3711-5 du code de la santé publique et le placement sous surveillance électronique mobile dans les conditions prévues par les articles 763-12 et 763-13 du présent code. Le placement sous surveillance de sûreté peut faire l'objet des recours prévus à l'article 706-53-15. À l'issue de ce délai, la surveillance de sûreté peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée ».

¹⁸⁵⁰ C.p.p., art. 706-53-16 : « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an. La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies »; Art. 706-53-17 : « Après un délai de trois mois à compter de la décision définitive de rétention de sûreté, la personne placée en rétention de sûreté peut demander à la juridiction régionale de la rétention de sûreté qu'il soit mis fin à cette mesure. Il est mis fin d'office à la rétention si cette juridiction n'a pas statué dans un délai de trois mois à compter de la réception de la demande. En cas de rejet de la demande, aucune autre demande ne peut être déposée avant l'expiration d'un délai de trois mois »; Art. 706-53-18 : « La juridiction régionale de la rétention de sûreté ordonne d'office qu'il soit immédiatement mis fin à la rétention de sûreté dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 ne sont plus remplies ».

¹⁸⁵¹ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1363, sous la note 13. Voir : C.p.p., art. 723-30 et 706-53-19. Les obligations à respecter sont les suivantes: l'obligation de soins, le placement sous surveillance électronique mobile, la soumission à des mesures de contrôle par un travailleur social et enfin, l'interdiction de paraître dans certains lieux précis.

¹⁸⁵² Certains considèrent que le législateur devrait prévoir une présomption simple de dangerosité pour les personnes déjà poursuivies ou condamnées pour certaines infractions. Voir : A. COCHE, préc., note 1663, p. 422-424.

¹⁸⁵³ C.p.p., art. 706-53-16 et 706-53-19; C.crim., art. 753.

un trouble qui, en principe, lui donne le statut de malade et lui permet de bénéficier d'une irresponsabilité pénale¹⁸⁵⁴. Actuellement, le pédophile est considéré comme pénalement responsable et doit être soigné de son trouble de la personnalité par le biais d'« hôpitaux-prison »¹⁸⁵⁵. En effet, selon l'article 706-53-13 du C.p.p. français, « [l]a rétention de sûreté consiste dans le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure ». Autrement dit, « [c]'est au nom d'un pronostic et d'une probabilité de récidive et non d'un diagnostic et d'un acte qu'une décision de justice va justifier une privation de liberté. L'État, par sa justice, au nom d'une infraction passée, décide d'enfermer sur le diagnostic d'une déviance et le pronostic d'une récidive »¹⁸⁵⁶. Elles vont donc à l'encontre de la liberté d'aller et venir, liberté individuelle pourtant fondamentale, sur le fondement d'un simple risque de dangerosité, et non plus sur la commission d'une infraction. Sa seule probabilité sera suffisante pour porter atteinte à la liberté individuelle du délinquant dangereux. Par conséquent, « [l]a source de la rétention de sûreté échappe à l'univers judiciaire dans sa phase initiale et entre dans l'univers médicalisé (au sens le plus large) »¹⁸⁵⁷. Elles sont, néanmoins, justifiées au nom de la protection de la société, comme notamment celle des mineurs¹⁸⁵⁸.

Cette mesure de rétention possède un régime particulier. En effet, elle n'est pas rétroactive, alors qu'il s'agit d'une mesure de sûreté. Cette spécificité lui confère un régime juridique mixte qui se retrouve à mi-chemin entre les mesures de sûreté et les peines. Cette particularité vient ainsi créer une ambiguïté. En effet, cette mesure de rétention pourrait très bien être considérée comme une peine privative de liberté et non comme une mesure de sûreté¹⁸⁵⁹. D'ailleurs, le législateur français a décidé qu'il s'agissait d'une mesure de sûreté, sans pour autant faire le choix de lui appliquer le régime juridique approprié. Il préfère lui octroyer « certaines garanties constitutionnelles fondamentales, applicables

¹⁸⁵⁴ C.pén., art. 122-2.

¹⁸⁵⁵ A.-S. HOJLO et F. SIONNEAU, préc., note 1818.

¹⁸⁵⁶ J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., note 1741.

¹⁸⁵⁷ C. GHICA-LEMARCHAND, préc., note 1787.

¹⁸⁵⁸ C.const., 21 fév. 2008, préc., note 1846, § 13; Y.MAYAUD, préc., note 1720, p. 1362.

¹⁸⁵⁹ Selon Damien ROETS, (« La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825) le juge européen pourrait très bien qualifier cette mesure de rétention de « peine » sous l'angle de l'art. 7 § 1 de la *Conv.EDH* (préc., note 57, p. 1842 et 1843).

traditionnellement aux peines »¹⁸⁶⁰. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 21 février 2008¹⁸⁶¹, a confirmé cette pirouette linguistique¹⁸⁶² et a ainsi « gomm[é] la spécificité des mesures de sûreté au sein du droit pénal »¹⁸⁶³. Par conséquent, la mesure de rétention possède un régime d'exception qui la place entre les mesures de sûreté et les peines. Est-ce une remise en cause de la qualification de mesures de sûreté¹⁸⁶⁴, ou est-ce une nouvelle catégorie créée par le législateur? Dans tous les cas, il est indéniable qu'il existe désormais deux sortes de mesures de sûreté. Par exemple, il y a la surveillance de sûreté, qui est rétroactive, et la mesure de rétention, qui ne l'est pas. Néanmoins, une précision doit être faite. En effet, la mesure de rétention, même si elle n'est pas rétroactive, va s'appliquer aux détenus qui ne respecteront pas leurs obligations de surveillance judiciaire, et ainsi elle deviendra rétroactive, dans le sens qu'elle s'appliquera à des individus déjà condamnés et donc à des faits antérieurs.

La société actuelle, axée sur le risque zéro, démontre une certaine volonté d'éliminer tous les dangers que peuvent présenter des criminels considérés comme dangereux, notamment sur le réseau Internet avec les prédateurs sexuels, qui tendent à devenir une catégorie juridique¹⁸⁶⁵. Par conséquent, le système criminel, dont les objectifs sont la réhabilitation et la réinsertion, semble évoluer vers,

« la neutralisation sélective et, surtout, vise la rétribution face à certains types de délinquants, en particulier les délinquants sexuels. On peut également parler de l'échec d'un système qui se veut juste, rationnel, cohérent et efficace et qui, finalement, sort de moins en moins de monde de prison. Les conséquences réelles de ce processus décisionnel semblent être la suppression de la responsabilité – mais non du pouvoir –

¹⁸⁶⁰ C. GHICA-LEMARCHAND, préc., note 1787.

¹⁸⁶¹ C.const., 21 fév. 2008, préc., note 1846, § 10 : « Considérant, toutefois, que la rétention de sûreté, eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure à cette date pour des faits commis antérieurement ; que, dès lors, doivent être déclarés contraires à la Constitution les alinéas 2 à 7 du I de l'article 13 de la loi déferée, son II et, par voie de conséquence, son IV ».

¹⁸⁶² « Certes, pour tenter de faire accepter le principe de l'application immédiate de la loi, le législateur a soigneusement évité de qualifier la rétention de sûreté de « peine », et le terme de « mesure » est systématiquement utilisé » (D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825, p. 1842).

¹⁸⁶³ C. GHICA-LEMARCHAND, préc., note 1787.

¹⁸⁶⁴ *Id.*; Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1365 : « Mieux encore, le rejet de celle-ci [la rétroactivité] n'est-il pas l'aveu implicite d'une incompatibilité entre la qualification de mesure de sûreté et sa manifestation sous forme de privation de liberté? » ; D. ROETS, (« La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825, p. 1841-1843).

¹⁸⁶⁵ *Projet de loi C-214, Loi modifiant le Code criminel (prédateurs sexuels dangereux d'enfants)*, préc., note 1683.

des décideurs et l'atténuation des tensions entre la justice et le public ou, plus exactement, la partie visible et audible d'une partie du public. »¹⁸⁶⁶

Actuellement, il est évident que la justice française s'aligne sur le droit canadien qui s'inscrit plus particulièrement dans la théorie de la défense sociale nouvelle dont les politiques pénales sont fondées sur la protection de la société et les pressions de l'opinion publique¹⁸⁶⁷. Or, cette nouvelle tendance, qui s'inscrit dans l'optique du principe de précaution¹⁸⁶⁸, remet en cause certains principes dégagés par la jurisprudence et les valeurs françaises¹⁸⁶⁹. En effet, il s'avère que « [l]e principe de précaution ne peut s'appliquer en matière de liberté individuelle »¹⁸⁷⁰. Il n'est donc pas possible, même dans un but de sécurité publique, de mettre en détention des personnes dangereuses. Mais en les qualifiant de mesures de sûreté et non de peines, cela permet, par une pirouette linguistique, d'outrepasser les principes¹⁸⁷¹.

B) Les expertises : la concurrence de la science et de la justice

L'évaluation de la dangerosité du délinquant sexuel est basée sur l'expertise, notamment médicale¹⁸⁷². Néanmoins, il est prévu par le législateur français que la situation des

¹⁸⁶⁶ M. VACHERET et M.-M. COUSINEAU, préc., note 1666, p. 393 et 394.

¹⁸⁶⁷ « Autre tendance qui va dans le sens de la dérive carcérale américaine : malgré la grande diversité des traditions et des situations nationales, *les politiques pénales des sociétés d'Europe occidentale sont dans l'ensemble devenues plus dures, plus enveloppantes*, plus ouvertement tournées vers « la défense sociale » au détriment de la réinsertion » (L. WACQUANT, préc., note 1817, p. 114 et 115) (italiques tels que dans le texte initial).

¹⁸⁶⁸ *Infra*, p. 394.

¹⁸⁶⁹ « Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur la proximité entre cette rétention de sûreté, justifiée par la dangerosité d'un condamné, avec les mesures de sûreté dont les États autoritaires ont usé et abusé dans le premier tiers du XXe siècle avant de sombrer pour certains d'entre eux dans le totalitarisme. (...) Certes, la rétention de sûreté n'est pas à elle seule la marque d'une politique criminelle autoritaire. Mais on ne peut ignorer que les intervenants du type des mesures de sûreté à durée indéterminée sont l'un des outils qui ont servi les politiques criminelles des États autoritaires et, là aussi, la garantie du juge était avancée » (J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., note 1741).

¹⁸⁷⁰ CA Paris, 17 juin 2004, *Gaz.Pal.* 23 déc. 2004.

¹⁸⁷¹ « Certes, l'on pourrait noter ici une certaine finesse de l'argumentation : rien à redire sur leur éventuelle application à une personne non imputable. C'est que, selon une certaine opinion, les peines seraient, par leur nature pénale, tournées vers le passé – c'est-à-dire vers l'infraction – et dotées d'une fonction rétributive, alors que les mesures de sûreté, tournées vers l'avenir – c'est-à-dire vers la cessation de l'état dangereux – seraient dépourvues de toute connotation pénale, et poursuivraient une fonction essentiellement réparatrice, resocialisatrice. Néanmoins, cette opposition, pour pratique qu'elle puisse paraître, n'est pas soutenable, précisément parce que la peine emprunte certains de ces caractères à la mesure de sûreté, et inversement » (P.-J. DELAGE, préc., note 1840, p. 805).

¹⁸⁷² C.crim., art. 752-1; C.p.p., art. 706-53-14 : « À cette fin, la commission demande le placement de la personne, pour une durée d'au moins six semaines, dans un service spécialisé chargé de l'observation des

personnes dangereuses serait évaluée par une commission pluridisciplinaire¹⁸⁷³. L'aspect criminologique s'avère important et, comme le souligne l'auteur Yves Mayaud, « nous sommes par hypothèse sur le terrain de la dangerosité, dangerosité criminologique, dont la reconnaissance est l'affaire de spécialistes »¹⁸⁷⁴. C'est donc à l'expert que revient la lourde tâche de déterminer si un individu présente ou non un état dangereux pour la société du fait du taux élevé de récidive qu'il révèle. Cette pratique s'avère très ancienne en Amérique du Nord, notamment au Canada¹⁸⁷⁵. En effet, les experts ont toujours été sollicités pour évaluer cette maladie, la dangerosité qui est devenue « une notion passe-partout dans le domaine du droit pénal et de la santé mentale »¹⁸⁷⁶. La France semble prendre le même chemin, à savoir celui de la défense sociale nouvelle. Toutefois, cette évaluation a fait preuve de nombreuses critiques, par exemple que les expertises sur la dangerosité ne sont pas fiables¹⁸⁷⁷. Pourtant, le critère de la dangerosité continue à proliférer au point d'être employé dans la législation française, qui paraît s'aligner sur le droit criminel canadien.

Le rôle des experts s'est renforcé avec la détermination de la dangerosité des délinquants sexuels. Désormais, la peine rime avec soins ou traitement et la sûreté avec dangereux. La réinsertion semble être reléguée au second plan, même si elle reste inscrite dans les différentes lois¹⁸⁷⁸. Nous sommes désormais face à une justice déguisée en diagnostic¹⁸⁷⁹, qui punit « la personne en fonction de ce qu'elle est et de ce qu'elle pourrait être plutôt

personnes détenues aux fins d'une évaluation pluridisciplinaire de dangerosité assortie d'une expertise médicale réalisée par deux experts ».

¹⁸⁷³ C.p.p., art. 706-53-14 et 706-53-16.

¹⁸⁷⁴ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1366, note 19 : « La « dangerosité criminologique » est définie comme l'« ensemble des facteurs environnementaux et situationnels susceptibles de favoriser l'émergence du passage à l'acte ». Elle ne doit pas être confondue avec la « dangerosité psychiatrique », considérée, quant à elle, comme la « manifestation symptomatique liée à l'expression directe de la maladie mentale » (définitions extraites des recommandations de la Commission d'audition sur l'expertise psychiatrique pénale, Fédération française de psychiatrie, janv. 2007) ». Voir : C. GHICA-LEMARCHAND, préc., note 1787.

¹⁸⁷⁵ Voir : P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, préc., note 1662, p. 212 et 213; J. PRATT, préc., note 1662, p. 102-111.

¹⁸⁷⁶ *Id.*, P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, p. 215; Pierre LAGIER et André NORMANDEAU, « Dangerosité et justice : la peur du criminel ou la peur de la criminologie » (1982) 15 *Criminologie*, n° 2, p. 105-114, à la page 111, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/crimino/1982/v15/n2/017163ar.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁸⁷⁷ *Id.*, P. LANDREVILLE et M. PETRUNIK, p. 212 et 213; *Id.*, P. LAGIER et A. NORMANDEAU; J. PRATT, préc., note 1662, p. 114; A. COCHE, préc., note 1663, p. 311-341.

¹⁸⁷⁸ Par exemple : C.pén., art. 131-36-3 : « Les mesures d'assistance auxquelles est soumise la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire ont pour objet de seconder ses efforts en vue de sa réinsertion sociale »; C.crim., art. 718.

¹⁸⁷⁹ M. LANDRY, préc., note 1663.

qu'en fonction de sa responsabilité »¹⁸⁸⁰. L'expert « du risque et de la dangerosité »¹⁸⁸¹ devient un élément déterminant en venant compléter, mais surtout orienter la décision du juge¹⁸⁸². Il doit, en principe, éclairer le tribunal sur les faits et la nature de la maladie; le tribunal restant seul à décider de l'aliénation de l'accusé, telle que définie par la loi au moment de la commission de l'infraction¹⁸⁸³. En effet, selon le résultat de l'expertise, le juge va choisir si un traitement doit être donné ou non. Mais il faut que l'expert émette un avis, selon lequel le délinquant devrait suivre un traitement. Le juge ne peut pas seul décider de celui-ci. L'expertise est une « autorisation à la prise de décision, « la loi lie donc le sens de la décision judiciaire au résultat d'une expertise, ce qui constitue une véritable innovation juridique » »¹⁸⁸⁴. Par conséquent, « [t]héoriquement parlant, l'expert a pour fonction d'être un auxiliaire averti, au service du décideur mais en pratique, on constate que les avis des experts créent de plus en plus les normes et définissent en quelque sorte les conduites à adopter et à éviter »¹⁸⁸⁵. Il possède ainsi une place de plus en plus importante dans la détermination de la peine et un empiètement sur le rôle du juge peut s'entrevoir clairement. D'ailleurs, comme le souligne l'auteur Yves Mayaud,

« [t]out ce dispositif laisse deviner que la dangerosité est loin de relever de l'évidence et que le juge sera le plus souvent étranger au débat. Même s'il a le pouvoir de décider, c'est sous la dictée qu'il le fera, faute d'avoir les moyens d'intervenir scientifiquement dans les différentes disciplines ouvertes aux investigations. Et que dire des situations, qui ne manqueront certainement pas, où les experts seront en désaccord? Comment le juge, sauf à verser lui-même dans la pluridisciplinarité, pourra-t-il donner la préférence à une thèse plutôt qu'à une autre? En termes de culpabilité, cela s'appelle le doute, et il doit profiter à l'accusé. »¹⁸⁸⁶

C'est ainsi que le juge va avoir tendance à se retrouver lié par les décisions des experts, spécialistes dans le domaine. Pourtant, la Cour européenne des droits de l'homme a clairement énoncé qu'une condamnation ne pouvait en aucune cas s'appuyer exclusivement

¹⁸⁸⁰ M. VACHERET et M.-M. COUSINEAU, préc., note 1666, p. 393.

¹⁸⁸¹ G. CHANTRAINE, préc., note 1697, p. 206.

¹⁸⁸² Godefroy DU MESNIL DU BUISSON, « Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution, Le mariage de Thémis et d'Hippocrate à l'épreuve de la durée », *Rev.sc. crim.* 1995.839.

¹⁸⁸³ *R. c. Guay*, J.E. 80-317 (C.S.P.) : « Comme il s'agit d'une question juridique qui ne relève pas purement du domaine psychiatrique, il appartient au juge des faits de trancher cette question »; *Cooper c. La Reine*, préc., note 1767.

¹⁸⁸⁴ J. CASTAIGNÈDE, préc., note 1679; Francis LE GUNHEC, « Disposition de la Loi n°98-468 du 17 juin 1998 instituant le suivi socio-judiciaire des condamnés sexuels », *J.C.P.* 1998.actulité n°27.1193, p. 1194.

¹⁸⁸⁵ Pierre LANDREVILLE et Germain TROTTIER, « La notion de risque dans la gestion pénale », (2001) 34 *Criminologie*, n°1, 3-8, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/004754ar>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 3.

¹⁸⁸⁶ Y. MAYAUD, préc., note 1720, p. 1366; J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., note 1741.

sur les résultats de l'expert, au risque d'être contraire au principe de la présomption d'innocence de l'article 6 § 2 de la *Conv.EDH*¹⁸⁸⁷. En outre, même si l'état dangereux d'un délinquant n'est pas certain, en raison du manque de fiabilité des expertises, il n'en reste pas moins que la précaution veut que les récidivistes sexuels soient enfermés¹⁸⁸⁸. L'état de dangerosité avéré ou démontré suffit à appliquer des mesures de sûreté, afin de protéger la société et les futures victimes¹⁸⁸⁹. Autrement dit, le moindre aspect dangereux suffira à lui octroyer des mesures de sûreté, en raison du risque qu'il représente pour la société.

Désormais, l'examen de la dangerosité se fonde sur des éléments scientifiques présumés plus sûrs et plus objectifs¹⁸⁹⁰. En effet, la science est devenue un moyen d'objectivisation du droit qui vient remplacer la référence jadis à la moralité, afin de justifier les atteintes aux libertés individuelles¹⁸⁹¹. Par conséquent, la science commence à prendre une place considérable dans le déroulement de la justice et dans la gestion du risque. D'ailleurs, la France a tendance à suivre le modèle canadien, qui est également critiqué. Toujours dans cette optique de prévention ou de précaution, la science, par le biais des expertises, permet de prévoir l'avenir en neutralisant les « groupes à risques » potentiellement dangereux pour la société, comme les prédateurs sexuels, et plus particulièrement pour les mineurs et leur

¹⁸⁸⁷ *Conv.EDH*, préc., note 57; CEDH, 23 avril 1998, *Bernard c. France* (au principal et satisfaction équitable), n°22885/93, CEDH 1998-II, en ligne : <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=bernard&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009), (op. dissidente : J. Lohmus); CEDH, 18 mars 1997, *Mantonavelli c. France*, n°8/1996/627/810, Rec. des arrêts de la CEDH, en ligne : le portail de recherche Hudoc <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-fr>>, (consulté le 23 sept. 2009). Voir : J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 791.

¹⁸⁸⁸ D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », préc., note 1825, p. 1846; J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 791.

¹⁸⁸⁹ Philippe KOURILSKY et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, éd. O.Jacob/Doc. Fr., 2000, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000402/index.shtml#>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 5.

¹⁸⁹⁰ M. LANDRY, préc., note 1663, p. 42; J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 785 et 786 : « Cette dernière [la justice] a tendance à les [les résultats d'une analyse psychiatrique] considérer comme étant des connaissances scientifiques relatives à la dangerosité sur lesquelles on peut s'appuyer en toute tranquillité, donnant aux psychiatres un rôle d'oracles dont ils n'avaient guère besoin »; « Bien plus, la nouvelle montée en puissance de la dangerosité, favorisée par un certain discours idéologique, s'appuie sur des connaissances présentées comme ayant été scientifiquement recueillies au cours des quinze dernières années » (p.785).

¹⁸⁹¹ L'art. 757 C.crim., dont le lien peut être fait avec l'art. 723-34, dernier al. C.p.p. (« Si le comportement ou la personnalité du condamné le justifie, il peut, par jugement rendu selon les modalités prévues par la dernière phrase du premier alinéa de l'article 723-32, décider de prolonger la durée de ces obligations, sans que la durée totale de celles-ci ne dépasse celle prévue à l'article 723-29 ».), prend en compte la moralité et la réputation du délinquant dans son évaluation de sa dangerosité. D'ailleurs, les expertises psychiatriques sont utilisées tout au long du processus pénal. Voir : J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 787-789.

morale¹⁸⁹². L'expert prend une place considérable dans les procès relatifs aux infractions sexuelles, dont celles de pédopornographie, puisqu'un individu condamné pour possession ou détention peut se voir traiter en raison de tendances dangereuses envers des mineurs, et ainsi lui imposer une peine beaucoup plus contraignante et sévère qu'à un autre individu. De ce fait, le dispositif actuel « pourrait bien sacrifier, en pratique, les principes du droit pénal tels qu'issus des Lumières pour fabriquer sur la foi d'une scientificité douteuse des boucs émissaires, sans assurer pour autant aux citoyens la sécurité qu'il leur promettait »¹⁸⁹³. La justice semble tendre vers une certaine soumission des juges à la « parole expertale »¹⁸⁹⁴ et ainsi se transformer pour devenir, selon Robert Badinter, une justice de sûreté et psychiatisée¹⁸⁹⁵.

En résumé, le droit et la procédure criminelle se sont adaptés aux nouvelles technologies de l'information pour devenir plus internationaux et techniques, afin de se calquer sur la cybercriminalité qui représente le principal danger sur Internet¹⁸⁹⁶. Désormais, l'électronique fait partie des moyens d'investigations des policiers dont les pouvoirs ont été élargis dans un but d'efficacité et de gestion des risques. Autrement dit, paradoxalement, la technologie est aussi bien un moyen pour créer des dangers que pour favoriser une meilleure sécurité. Une véritable traque du « cyberdélinquant » sexuel s'est mise en place et plus particulièrement celui qui exploite ou abuse sexuellement d'un mineur sur Internet. Cette dernière n'est d'ailleurs plus uniquement l'affaire de la police, mais celle de tous. Ils se retrouvent ainsi auxiliaire de la police¹⁸⁹⁷. Comme le souligne l'auteur Denis Salas, « [o]n passe d'un monde juridique fini à une quête morale qui envahit la sphère pénale »¹⁸⁹⁸. La préoccupation de la moralité publique est toujours bien présente et plus particulièrement

¹⁸⁹² Voir : P. LANDREVILLE et G. TROTTIER, préc., note 1885, p. 4.

¹⁸⁹³ J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., note 1741; J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 789 : « Les fous sont définitivement « délinquo-compatibles » ou, comme diraient les médias, ils font d'excellents « présumés coupables » ».

¹⁸⁹⁴ *Id.*, J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche »; *Id.*, J. DANET et C. SAAS, p. 787-795.

¹⁸⁹⁵ R. BADINTER, préc., note 1676.

¹⁸⁹⁶ En effet, les différents projet de lois relatif à la régulation du réseau Internet en France démontre clairement que ce média représente actuellement la nouvelle menace à contrecarrer. Il s'agit du *projet de loi n° 395 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet (HADOPI)* (nouvelle lecture, Assemblée Nationale, 12 mai 2009, en ligne : <<http://www.senat.fr/leg/pjl08-395.html>>, (consulté le 23 sept. 2009)) et *Projet de loi n°1697 LOPPSI* (préc., note 1397).

¹⁸⁹⁷ Par exemple, il existe des groupes de citoyens, comme le Guardian Angels avec des Cyber Angels qui mettent en place des patrouilles sur Internet pour rechercher du matériel illégal (Peter GRABOSKY, Russell G. SMITH et Paul WRIGHT, « Nouvelles technologies, nouveaux délits », (4e trimestre 1998) 34 *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 13-29, p. 25).

¹⁸⁹⁸ D. SALAS, préc., note 16, p. 94.

lorsqu'il est question des moins de dix-huit ans. La justice répond aux préoccupations actuelles basées sur la gestion du risque, la prévention et la précaution, qui, dans le cas de la pédopornographie, prend une coloration clairement morale. Autrement dit, il s'agit d'imposer une moralité publique exempte de tout risque de préjudice sexuel aux mineurs.

La médicalisation des peines, classique au Canada, commence à arriver en France. Cette nouvelle tendance contemporaine d'utiliser la science pour objectiver les interventions étatiques plus sévères, n'est qu'un leurre, puisque, finalement, la morale est toujours présente en filigrane dans ces décisions. En effet, la neutralisation des délinquants sexuels, en les traitant et en les qualifiant de dangereux, ne fait que conforter l'idée que ces individus ne correspondent pas à la morale publique dégagée par la société actuelle. Par conséquent, la sexualité reste encore un sujet difficile à aborder dans nos sociétés et encore plus lorsqu'il est question de mineurs. En outre, l'œuvre de Michel Foucault, *Surveiller et punir*, semble être les deux termes qui résumeraient parfaitement le chemin pris par la justice actuelle.

La prévention de la commission d'infractions représente l'enjeu actuel de nos systèmes juridiques influencés par la réprobation morale de l'opinion publique. C'est ainsi qu'« au nom d'un possible risque ou danger, l'action préventive, fondée sur un discours scientifique légitimant, va pouvoir s'exercer, mieux acceptée, plus acceptable qu'une intervention répressive »¹⁸⁹⁹. La justice canadienne et française s'inscrivent dans un modèle de sûreté guidé par la réaction sociale aux fils des affaires médiatisées. Robert Badinter résume parfaitement ces changements de paradigme en estimant « que l'on passait ainsi de la démocratie d'opinion à la démocratie d'émotion » et qu'il était souhaitable « que l'on revienne à la démocratie de réflexion »¹⁹⁰⁰. Pour le moment la réflexion est accablée sur la diminution des risques pour les mineurs sur Internet en faisant de la prévention. Pour y arriver, la régulation du réseau doit nécessairement se faire dans une coopération internationale efficace entre les pays, mais également avec les acteurs non-étatiques qui représentent un groupe très hétéroclite. En effet, les pouvoirs publics ont dû mettre en place un certain partenariat avec eux pour lutter de manière plus efficace contre la pédopornographie, afin de réduire les risques pour la société.

¹⁸⁹⁹ M. KALUSZYNSKI, préc., note 1670.

¹⁹⁰⁰ P. GOUJON et C. GAUTIER, préc., note 1671, p. 37.

Chapitre 2: L'essor d'un partenariat public/privé dans la lutte contre la pédopornographie

En principe, le système juridique d'un pays, et encore plus en matière criminelle, instaure le monopole de la contrainte à l'État. Il reste ainsi le seul à pouvoir imposer aux individus des sanctions en cas d'atteinte à l'ordre public selon le contrat social instauré. Toutefois, le développement du réseau Internet a amené de nouvelles réalités dont la décentralisation du pouvoir. En effet, ce vecteur n'ayant pas de centre de pouvoir centralisé, il s'est autoréglementé, dans un premier temps, par le biais de ces utilisateurs. D'autres normes sont alors intervenues dans la réglementation de réseau comme les normes techniques. Dans un second temps, l'État a adapté ses lois à ce nouveau moyen de communication et les normes techniques sont ainsi devenues un complément non négligeable à l'efficacité de l'intervention étatique. Dès lors, l'État ne se retrouve plus seul à élaborer des normes. D'une part, les acteurs d'Internet, et d'autre part, les autres États rentrent en concurrence. En effet, les législations ont du mal à s'imposer du fait des caractéristiques particulières d'Internet comme, la plus importante, l'absence de frontières. Celles-ci posent, d'ailleurs, certains problèmes quant à l'identification des auteurs ou des victimes, mais également de compétences.

Par conséquent, conformément au pluralisme juridique, le réseau Internet est réglementé par des normes, aussi bien étatiques que non-étatiques. Cela se traduit par le fait que « le droit est essentiellement multiple et hétérogène. Au même moment, dans le même espace social, peuvent coexister plusieurs systèmes juridiques, le système étatique certes, mais d'autres avec lui, indépendants à lui, éventuellement ses rivaux »¹⁹⁰¹. C'est ainsi que les normes dégagées par la pratique des internautes ont été intégrées en partie par le droit¹⁹⁰². D'ailleurs, les États s'orientent, sans vraiment avoir le choix, vers une corégulation¹⁹⁰³ ou

¹⁹⁰¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 356; Voir : A. LAJOIE, R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER (dir.), préc., note 42, p. 7-81; J.-G. BELLEY, préc., note 42, p. 14 : « Trois thèses fondamentales furent ainsi historiquement associées à l'idée de pluralisme juridique : 1) l'État n'a pas le monopole du droit; 2) le droit n'est pas d'abord œuvre rationnelle; 3) le fondement du droit n'est pas la liberté individuelle, mais la solidarité sociale ».

¹⁹⁰² « La loi n'est plus seule maîtresse au logis de la norme. La régulation technique emprunte les habits de la loi et étend son influence » (D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », préc., note 44, p. 9).

¹⁹⁰³ Visiblement, l'État développe certains outils relatifs à la prévention des infractions commises sur le réseau Internet. Ils demandent l'aide des internautes dans sa lutte des contenus illicites, comme la pédopornographie. Cette corégulation se manifeste plus au niveau de la procédure qu'au niveau substantiel. En effet, il s'avère difficile d'établir une réelle coopération entre les pays, qui ne s'entendent pas sur la rédaction de règles

une nouvelle gouvernance¹⁹⁰⁴ du réseau Internet plutôt que vers une simple autorégulation (Section 1). Ceci s'explique par le fait que les internautes auraient tendance à se tourner vers l'État, seul véritable détenteur de la puissance publique, ce qui reviendrait, en quelque sorte, à remettre en cause le pluralisme juridique. Pourtant, il n'en est rien puisque l'État compose et intègre dans ses législations les revendications et les normes techniques dégagées par les utilisateurs d'Internet. C'est la raison pour laquelle l'ensemble de la population se repose sur cet organe, malgré une certaine perte de confiance de leur part¹⁹⁰⁵. D'ailleurs, Danièle Bourcier l'énonce clairement dans ces propos, « on le remarque dans l'évolution de la gouvernance d'Internet par exemple, qui tend à déplacer la gouvernance des acteurs vers celle des états »¹⁹⁰⁶. Il faut dire que le droit criminel reste un pouvoir spécifique et unique à l'État, malgré le fait que certaines sanctions peuvent être prises sans son intervention. Cependant, elles n'ont, du moins pour certaines, aucune valeur obligatoire¹⁹⁰⁷. De manière générale, même si l'État a perdu une part de sa fonction de régulation juridique au profit d'appareils non étatiques, il demeure encore très présent dans l'ordre symbolique de la régulation juridique¹⁹⁰⁸ (Section 2).

Section1: L'aide du secteur privé et de la société civile

Le réseau Internet, en raison de ses caractéristiques propres, présente certaines particularités dans son mode de régulation. En effet, il s'agit d'une gouvernance qui met en lien plusieurs entités différentes. Ce terme possède plusieurs définitions, mais nous prendrons celle dégagée par l'Organisation des Nations Unies lors du Sommet mondial sur

conjointes. La *Convention sur la cybercriminalité* (préc., note 56) en est une très bonne illustration, vu qu'elle apparaît assez vide sur le plan des principes. Voir : É.WÉRY, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, préc., note 73, p. 52-55.

¹⁹⁰⁴ D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », préc., note 44, p. 14 : « la gouvernance vise à trouver de nouveaux équilibres entre droit et société où est recherchée une forme parallèle à la régulation étatique ».

¹⁹⁰⁵ En effet, dans un premier temps, les internautes réglaient leurs différends sans recourir au droit mais, face à une certaine inefficacité, ils ont préféré avoir, de nouveau, recours à la puissance publique.

¹⁹⁰⁶ D. BOURCIER, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet », préc., note 44, p. 5.

¹⁹⁰⁷ Par exemple, sur les forums de discussions, les internautes bloquent ou excluent un membre s'il ne respecte pas le règlement imposé. Il s'agit ainsi d'une sanction sans valeur obligatoire ni intervention étatique.

¹⁹⁰⁸ « La centralisation de la régulation juridique au bénéfice de l'État se révèle beaucoup plus importante dans l'ordre symbolique que du point de vue instrumental. Le contrôle étatique sur l'exercice des fonctions juridiques s'est indéniablement accru en termes absolus. Mais, en termes relatifs, la part instrumentale de l'État pourrait être restée nettement plus modeste en raison du développement parallèle des appareils non étatiques de régulation juridique » (J.-G. BELLEY, préc., note 42, p. 29).

la société de l'information (SMSI)¹⁹⁰⁹. C'est ainsi qu'« [i]l faut entendre par « gouvernance de l'Internet » l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'Internet »¹⁹¹⁰. Par conséquent, la régulation du réseau Internet fonctionne sous l'égide du « principe du multipartenariat »¹⁹¹¹ (I). Le secteur privé et la société civile sont devenus des éléments à prendre en compte dans la sécurité des réseaux¹⁹¹². Autrement dit, ils sont invités à assurer leur défense et donc à devenir des auxiliaires de la police¹⁹¹³, afin d'imposer une certaine moralité publique sur Internet. En effet, celui-ci est revendiqué comme un bien commun¹⁹¹⁴. Il est donc l'affaire de tous. Selon cette conception qui permet à tout citoyen de participer concrètement à la régulation du réseau Internet par différents moyens, le législateur ne se retrouve plus seul dans l'élaboration du droit qui se voit complété et renforcé par des normes et des pratiques non étatiques. Dans un souci d'efficacité et de prévention, il est indéniable que l'État a dû soumettre les acteurs privés à certaines obligations, comme celle de la précaution (II). Celle-ci est une notion très contemporaine et se justifie vu l'évolution des sociétés vers l'absence de risque.

I. La consécration du « principe du multipartenariat »

Le « principe du multipartenariat » permet l'implication de tous les acteurs dans la régulation du réseau Internet, puisque l'État est incapable de contrôler seul ce vecteur¹⁹¹⁵. Autrement dit, il s'agit de la consécration du « principe de la responsabilité partagée entre l'État, les entreprises et les utilisateurs »¹⁹¹⁶, chacun prenant en main une part de sa propre

¹⁹⁰⁹ En ligne : <<http://www.itu.int/wsis/newsroom/2/pc2/highlights/23feb-fr.html>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹¹⁰ ONU, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, n° 05-41150, Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), Château de Bossey, juin 2005, p. 3.

¹⁹¹¹ Principe dégagé lors du SMSI à l'art. 29 de la *Déclaration de principe de Genève* en juillet 2005.

¹⁹¹² « Tout d'abord, ce partenariat public-privé apparaît d'autant plus nécessaire que les gouvernements autant que les entreprises se trouvent sur un pied d'égalité dans le cyberspace. Le monde numérique leur est commun au point de les lier de façon interdépendante » (Franck FRANCHIN et Rodolphe MONNET, *Le business de la cybercriminalité*, Paris, Hermès science, Lavoisier, 2005, p. 65).

¹⁹¹³ D. SALAS, préc., note 16, p. 195.

¹⁹¹⁴ Françoise MASSIT-FOLLÉA, *Gouvernance de l'Internet et société civile : les limites du multistakeholderism*, Colloque de la Société Québécoise de Science Politique, mai 2008, en ligne : Vox Internet <<http://www.voxinternet.fr/spip.php?article223&lang=de>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 1.

¹⁹¹⁵ *Supra*, p. 339.

¹⁹¹⁶ Claude BIRRAUX et Henri REVOL, *La gouvernance mondiale de l'Internet*, Compte rendu de l'audition publique du 8 déc. 2005, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques,

sécurité. Cette idée découle du système actuariel puisqu'il s'agit, en premier lieu, de se prémunir contre tous dangers potentiels et garantir sa sécurité sur Internet pour ensuite, en second lieu, être aidé par les prérogatives étatiques. L'État n'est donc plus seul à intervenir dans la sécurité du réseau qui se voit contraint d'être régi par une pluralité de normes. En d'autres termes, « l'État se retrouve relayé à un rôle d'animateur, dont la principale tâche est d'assurer la mise en relation des différents intervenants »¹⁹¹⁷. Cette évolution, qui veut que le secteur privé et la société civile prennent une place dans la régulation d'Internet, a indéniablement des répercussions sur le droit. En effet, le droit criminel, prérogative régaliennne, se voit contraint de répondre aux préoccupations et aux craintes des citoyens¹⁹¹⁸. La réglementation d'Internet passe alors par l'obligation pour l'État de prendre en compte « des modes de régulation plus « neutres » (la technique...) et/ou plus axiologiques (la morale...) que les modes de régulation juridique »¹⁹¹⁹. Une certaine réappropriation sociale du droit s'entrevoit clairement en raison de l'implication plus marquée de la société civile dans l'élaboration du droit (A). Dès lors, l'opinion publique œuvre pour une sécurité et une morale sur Internet, notamment pour les mineurs, principaux utilisateurs. La protection de la société devient ainsi le nouveau leitmotiv dans nos sociétés fondées sur le risque qui ont tendance à s'orienter vers une réelle sévérité. Or, sur Internet, il s'agit surtout de la protection des mineurs qui représente la préoccupation principale de l'opinion publique et de l'État. En effet, en répondant aux inquiétudes des internautes, le législateur justifie, rationalise et légitime sa sévérité et son intervention sur Internet, qui est soumis à plusieurs lois en raison de son caractère international (B).

Assemblée Nationale, n°2891, Sénat, n°219, fév. 2006, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/gouvernance_internet.asp>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 44.

¹⁹¹⁷ T. GOBEIL, préc., note 112, p. 279.

¹⁹¹⁸ Les jeunes se retrouvent, de plus en plus, sollicités à pratiquer des activités sexuelles explicites avec des personnes majeures. Cette nouvelle tendance engendre la peur et la crainte du réseau de la part des parents qui souhaitent protéger leurs progénitures. La pression sociale produite par l'opinion publique s'amplifie et demande plus de sécurité sur le réseau Internet.

¹⁹¹⁹ « Selon D. Loschak, l'importance du droit comme mode de régulation sociale pourrait décliner au profit d'une gestion plus discrète s'appuyant entre autres sur les ressources de l'information (...). Pour Georges Gurvitch, les rapports variables dans le temps et dans l'espace entre la religion, la morale, la connaissance et le droit justifiaient l'établissement d'une problématique scientifique particulière, celle de la sociologie juridique génétique » (J.-G. BELLEY, préc., note 42, p. 31).

A) La réappropriation sociale du droit par la société civile

Le réseau Internet a suscité une certaine crainte de la part d'une partie de la population, pas nécessairement internaute, comme n'importe quelle autre nouvelle technologie. Une panique morale s'est développée. Une pression s'est ainsi exercée sur l'État pour supprimer tous les dangers véhiculés sur Internet, dont l'infraction de pédopornographie. C'est ainsi que les pouvoirs publics sont intervenus sous l'influence de la société civile qui demandait une intervention pour une meilleure sécurité, notamment sur le réseau, et donc une réelle protection des mineurs, victimes de cette forme de pornographie. De ce fait, grâce notamment à la médiatisation des affaires criminelles et à la circulation rapide de l'information qui créent une certaine panique morale, les victimes d'infractions ont acquis une place plus importante dans le processus de justice, même si cette tendance est beaucoup plus marquée en France et en Europe. La vulnérabilité et la souffrance de celles-ci ne sont donc plus passées sous silence. Leur dignité personnelle est prise en compte puisqu'elles représentent, en raison de ce nouvel état, des personnes vulnérables qui doivent être protégées¹⁹²⁰. Pourtant, comme le souligne Robert Badinter, « la justice pénale n'a pas pour mission d'être une thérapie de la souffrance des victimes »¹⁹²¹. Désormais, « le crime est pensé du point de vue de la victime potentielle (prévention, sécurisation des lieux, assurance), à laquelle nous ajustons le droit (peines accrues contre les « cibles endurcies ») »¹⁹²². En effet, avec cette nouvelle tendance de se placer du point de vue de la victime, le droit criminel se retrouve à jouer un rôle qui n'est pas le sien, à savoir celui d'un droit à caractère privé qui ne s'applique plus dans un esprit d'ordre public. Chacun voulant imposer aux autres ses valeurs et ses peurs personnelles. Le droit criminel devient alors un droit de « revendication sociale »¹⁹²³, où chacun peut solliciter que ses intérêts particuliers

¹⁹²⁰ *Supra*, p. 109 et 174.

¹⁹²¹ Alain SALLES, « Robert Badinter : « Ne pas confondre justice et thérapie » », *Le monde*, 08 sept. 2007, en ligne : <http://www.lemonde.fr/societe/article/2007/09/08/robert-badinter-ne-pas-confondre-justice-et-therapie_952825_3224.html>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹²² D. SALAS, préc., note 16, p. 197; M. DELMAS-MARTY, préc., note 1842, p. 461: « la « guerre contre le crime » est d'abord un slogan politique, une propagande idéologique qui relève d'un certain « populisme pénal », cette « métamorphose d'une inquiétude démocratique » qui annoncerait venu « le temps des victimes ». Ciblée sur des crimes qui frappent l'opinion (drogue, crime organisé, corruption, terrorisme), le slogan, souvent accompagné de propos compassionnels sur les victimes et de discours musclés sur les criminels et la tolérance zéro, est utilisé comme une métaphore destinée à rendre populaire un durcissement de la répression ».

¹⁹²³ « Le droit pénal s'éloigne de son rôle premier pour avoir une valeur plus sociale voire de « revendication sociale » (A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 621 et 622). « Nous sommes dans une société d'émotion qui se veut compassionnelle. Rien ne mobilise plus l'émotion que le crime et la

soient protégés de tout danger potentiel et plus spécialement sa dignité personnelle. C'est ainsi que le développement de cet individualisme a permis d'instaurer un « droit à » qui donne aux individus le droit de revendiquer ce que bon leur semble du moment qu'ils respectent autrui. Mais surtout, cela permet d'imposer le principe de la dignité de la personne humaine¹⁹²⁴ à l'État qui se voit ainsi contraint de répondre aux différentes réclamations. En effet, la société civile, en souhaitant plus de sécurité afin de diminuer les risques de préjudice, évoque le respect de la dignité personnelle de chacun. En effet, elle intervient pour interdire tout risque de dégradation et de déshumanisation de la personne humaine et plus particulièrement du mineur jugé vulnérable¹⁹²⁵. L'État se retrouve ainsi, dans le respect des droits de l'homme et du principe de la dignité de la personne humaine, en quelque sorte subordonné aux humeurs du moment de l'opinion publique. Toutefois, la protection des intérêts particuliers des mineurs sur Internet est, incontestablement, la préoccupation de l'ensemble de la société, voire même de la planète, puisqu'elle permet l'harmonisation des législations¹⁹²⁶. Cette prise en compte plus marquée de la société civile dans l'élaboration du droit, voire même dans l'issue d'un procès, peut être reliée au critère canadien de la « norme de tolérance de la société »¹⁹²⁷. En effet, le législateur se fie finalement à la tolérance de la société envers telle ou telle question qui devient une sorte de « baromètre »¹⁹²⁸. Or, celle relative à la pédopornographie n'appelle aucune tolérance de la part de celle-ci qui démontre une réelle répulsion envers cette infraction et leurs auteurs. Cela revient ainsi à dégager une moralité publique fondée sur une volonté d'absence de risque pour la dignité de la personne humaine, notamment lorsqu'elle est considérée comme vulnérable.

Certains auteurs parlent d'une « réappropriation sociale du droit »¹⁹²⁹, d'une « socialisation du pénal » ou « pénalisation du social »¹⁹³⁰, alors que d'autres y voient

souffrance des victimes, décuplée par la médiatisation et la puissance des images à la télévision. Cela nourrit la pulsion de vengeance qui est au cœur de la réaction humaine en présence d'un crime atroce. Mais la justice ne peut se confondre avec la vengeance ni avec la compassion pour les victimes. C'est ce qui rend son exercice si difficile » (Propos de R. BADINTER, A. SALLES, préc., note 1921); B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 210 et suiv.

¹⁹²⁴ *Supra*, p. 109.

¹⁹²⁵ *Supra*, p. 64.

¹⁹²⁶ *Supra*, p. 338.

¹⁹²⁷ *Supra*, p. 154.

¹⁹²⁸ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 198 et 199.

¹⁹²⁹ A. LEPAGE et P. MAISTRE DU CHAMBON, préc., note 518, p. 621 et 622; « la réappropriation citoyenne de l'Internet par ses propres usagers » (C. BIRRAUX et H. REVOL, préc., note 1916, p. 89).

un « populisme pénal »¹⁹³¹ ou une « juridicisation de l'opinion publique et du public par le système pénal »¹⁹³². Dans tous les cas, une démythification du droit criminel s'effectue. En effet, nous sommes désormais loin du mythe du législateur rationnel, de la loi neutre, rationnelle et logique. L'émotion semble devenue un élément déterminant dans l'élaboration de la loi, pourtant source d'abus et de violation des droits et libertés fondamentales, particulièrement lorsqu'il est question de mineurs. L'irrationalité pénale est indéniablement très présente lorsqu'il est question de la réglementation de la sexualité et encore plus lorsqu'il s'agit de mineurs. Des élans de moralité de la part de la société civile sont inévitables, contraignant ainsi le législateur à élaborer des lois plus précises et plus répressives envers les délinquants présentant un risque de danger. En effet, l'opinion publique montre une réelle répulsion à l'égard des délinquants sexuels ce qui traduit, par ailleurs, leur régime juridique dérogatoire et leur surveillance accrue¹⁹³³. Par conséquent, elle s'octroie, en quelque sorte, le pouvoir de punir et d'orienter les décisions des juges dans des affaires qui l'émeuvent¹⁹³⁴, ainsi que les politiques pénales¹⁹³⁵. Désormais, même la justice se retrouve contrainte de rendre des décisions allant dans le sens de la société civile, sinon les pouvoirs publics, sous l'égide des revendications, prendront des mesures pour la satisfaire¹⁹³⁶. Un rapprochement entre le pouvoir politique et le système juridique semble devenir plus proche, en raison notamment de cette prise de position de l'opinion publique¹⁹³⁷.

¹⁹³⁰ S. SNACKEN, préc., note 1653, p. 110.

¹⁹³¹ D. SALAS, préc note 16; P. LANDREVILLE, préc., note 1405.

¹⁹³² A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 181.

¹⁹³³ *Supra*, p. 343.

¹⁹³⁴ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 35 : L'opinion publique devient en quelque sorte une « source du droit de punir » non identifiée comme telle ».

¹⁹³⁵ *Id.*, p. 7 : « le public devient *une composante* du système pénal et cela produit un rapprochement problématique avec le système politique et les projets de toutes sortes de mouvements sociaux en ce qui concerne la construction d'une notion autonome de justice en droit pénal, et particulièrement par rapport aux normes de deuxième niveau (sanction, procédure, etc.) » (italiques tels que dans le texte initial).

¹⁹³⁶ « Ces projets de loi démontrent bien l'orientation populiste des politiques pénales des dernières décennies qui s'est accentuée avec l'élection d'un gouvernement conservateur. Ces politiques et les lois qui en découlent ne reposent plus sur des analyses objectives de la réalité, font fi des résultats de recherche au sujet de l'efficacité et des effets discriminatoires de ces mesures, ainsi que des principes de justice et de modération en droit pénal. Elles privilégient surtout le recours à l'emprisonnement pour répondre aux pressions d'une certaine opinion publique et pour augmenter le capital politique du parti au pouvoir » (P. LANDREVILLE, préc., note 1405, p. 35). Parfois, une panique morale est visible en ce qui concerne certaines affaires médiatisées. Un élan d'émotion voire d'hystérie lors de l'enquête prend forme ce qui vient compromettre la rationalité de l'issue de la procédure et du jugement. Par exemple, cela fût le cas pour l'affaire Outreau en France et l'affaire Dutroux en Belgique. Voir : B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 210.

¹⁹³⁷ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 196 : « Cela veut dire que le système tiendra compte du public qu'il constitue autant dans la détermination de ce qui est licite ou illicite (normes primaires) que dans la *détermination* et *gestion* du remède légal au problème » (en italiques tels que dans le texte initial).

B) La légitimation de la répression : la protection des mineurs victimes contre tous risques

Cette implication de la société civile dans le processus d'élaboration du droit, mais également dans celui de son application, produit certaines répercussions positives comme négatives. En effet, ce « populisme pénal »¹⁹³⁸ s'est traduit par la création ou la modification d'infractions dont la plupart se sont révélées plus sévères, puisqu'elles ont tendance à porter de plus en plus atteintes aux libertés fondamentales¹⁹³⁹ et à donner plus de pouvoirs aux policiers¹⁹⁴⁰. Or, le fait que ces protestations viennent directement de l'opinion publique, permet de légitimer, voire de justifier, l'émergence de dispositions plus restrictives et liberticides en droit criminel. Effectivement, la loi criminelle, d'aspiration populaire, trouve une réelle application sur le réseau Internet qui permet plus facilement, dans une certaine mesure, le contournement de la loi que dans le monde réel. C'est ainsi que les internautes y adhèrent et la respectent plus aisément, ce qui entraîne indéniablement une meilleure effectivité de la loi. Par conséquent, la régulation d'Internet est bien l'affaire de tous, puisque chaque acteur y participe, notamment en mettant en place des mécanismes de dénonciation en ligne des contenus illicites¹⁹⁴¹ ou en permettant d'élaborer des pièges envers des prédateurs sexuels¹⁹⁴². Autrement dit, l'État est obligé de prendre en compte des modes de régulation, aussi bien technique que moral, pour avoir une réelle effectivité dans une société vouée à demander un droit moins dogmatique et plus proche des intérêts sociaux et culturels de chacun. La pluralité est une notion très contemporaine et représente une réalité que les États ne peuvent pas occulter, surtout avec le développement du réseau Internet.

La sécurité de tous passe d'abord par sa propre sécurité. Une analogie peut donc être faite avec le système des assurances¹⁹⁴³. En effet, il faut, en premier lieu, installer toutes les

¹⁹³⁸ D. SALAS, préc., note 16; P. LANDREVILLE, préc., note 1405.

¹⁹³⁹ *Supra*, p. 370.

¹⁹⁴⁰ *Supra*, p. 303.

¹⁹⁴¹ En effet, des sites ont mis en place des points de dénonciation afin de combattre la pédopornographie ainsi que des hotlines. Par exemple: <<http://www.bouclier.org/>>; <<http://www.enough.org/>>; <<http://www.cyberwise.ca/index.htm>>; <<http://www.antichildporn.org/>>; <<http://www.cyberangels.org/>>; <<http://membres.lycos.fr/pedostop/>>; <<http://ncecc.ca/>>; <<http://www.childnet-int.org/>>; <<http://inhope.org/>>; <<http://www.info.fundp.ac.be/~mapi/mapi-fr.html>>; <<http://www.childfocus.org/>>; <<http://www.cyberaide.ca/>>.

¹⁹⁴² *Supra*, p. 308.

¹⁹⁴³ P. GRABOSKY, R. G. SMITH et P. WRIGHT, préc., note 1897, p. 23 (Analogie avec le cambriolage).

sécurités possibles et accessibles pour pouvoir demander, en second lieu, une quelconque indemnisation. Autrement dit, il s'agit d'une responsabilité personnelle dans la gestion des risques¹⁹⁴⁴. Par conséquent, lorsqu'un délinquant sexuel s'en prend à une autre personne notamment vulnérable, un mineur, la société civile, pourtant protégée par différents moyens techniques plus ou moins efficaces sur Internet, demande que le préjudice soit réparé par sa neutralisation¹⁹⁴⁵. L'opinion publique se transpose à la souffrance subie par la réelle victime qui s'amplifie lorsqu'il s'agit d'un mineur pour revendiquer sa vengeance, puisqu'il est trop fragile et vulnérable pour pouvoir le faire de lui-même. Le droit criminel semble revenir à l'ancien droit fondé sur la vengeance privée, mais sous une forme différente. Cette fois, l'État reste toujours celui qui exerce la poursuite judiciaire, non plus au nom de la société, mais au nom de la victime qui prend ainsi une place plus importante dans le procès pénal. C'est ainsi que les tribunaux en rendant une décision sévère répondent aux exigences de la société civile et permettent, de surcroît, « le respect public pour l'administration de la justice »¹⁹⁴⁶.

Une crainte, plus ou moins raisonnée envers Internet s'est développée au point d'y voir un univers seulement déviant dans lequel des millions de pervers sexuels y naviguent. Or, la réalité est tout autre. Il s'avère, selon une étude orchestrée par l'Université d'Harvard, que les premiers exploiters sexuels de mineurs sont également mineurs¹⁹⁴⁷. En effet, il se trouve qu'ils sont les premiers producteurs et diffuseurs de pédopornographie sur Internet. Pourtant, l'opinion publique, influencée par les médias, y voit seulement une exploitation sexuelle des mineurs par les majeurs. Pourquoi cette différence? La société civile semble plus se préoccuper des abus sexuels commis par un adulte sur un mineur que de l'inverse. Le véritable moteur est donc d'imposer une morale, notamment sur Internet. En effet, « [s]ous l'emprise d'une morale de l'émotion, le contenu de la loi morale est déduit *a posteriori* de l'existence de comportements ayant heurté un sentiment commun »¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁴ « [C]ette information actuarielle concernant l'identification des risques a aussi un impact sur les victimes potentielles, auxquelles on demandera de modifier leurs comportements pour s'informer des risques, se protéger, faire des « choix rationnels » et diminuer leur risque de victimisation. Elles aussi devraient se « responsabiliser » » (P. LANDREVILLE et G. TROTTIER, préc., note 1885, p. 3-8). Voir : J. DANET et C. SAAS, préc., note 1661, p. 794.

¹⁹⁴⁵ *Supra*, p. 370.

¹⁹⁴⁶ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 198.

¹⁹⁴⁷ THE BERKAM CENTER FOR INTERNET ET SOCIETY AT HARVARD UNIVERSITY, préc., note 1402; THE NATIONAL CAMPAIGN TO PREVENT TEEN AND UNPLANNED PREGNANCY ET COSMOGIRL.COM, préc., note 1402.

¹⁹⁴⁸ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 210.

L'exploitation sexuelle d'un mineur par un majeur touche plus facilement l'émotion de la société civile qui y voit une abomination, contrairement à celle d'un mineur par un autre mineur. Pourtant, dans les deux cas, il peut y avoir un abus sexuel. D'ailleurs, il y a une augmentation des arrestations de jeunes adultes délinquants sexuels. Ceci peut s'expliquer, selon l'étude du *Crimes against children research center* de l'Université du New Hampshire, par le fait que, vu qu'ils ont grandi avec Internet, ils peuvent s'engager plus aisément dans des comportements déviants ou à risque¹⁹⁴⁹. Par conséquent, l'approche législative envers le domaine de la sexualité évolue avec son temps ce qui influence indéniablement le droit criminel qui s'inscrit de plus en plus dans une approche sociale. En effet, la pression de l'opinion publique se fait ressentir dans son élaboration. L'État répond ainsi clairement aux attentes de ses citoyens qui s'inquiètent de certains débordements désormais visibles sur le réseau Internet. Or, il s'avère que les prédateurs sexuels agissant sur Internet et les infractions sexuelles commises sur celui-ci ne représentent qu'une part infime des crimes sexuels commis sur des mineurs¹⁹⁵⁰. Leur protection, représentant l'enjeu principal de l'État à la limitation des libertés individuelles et à la régulation du réseau, devient le critère de légitimation de son intervention sur Internet, critère ne pouvant être contesté ou discuté vu son objectif louable appuyé par une partie importante de l'opinion publique nationale ou internationale¹⁹⁵¹.

II. La soumission des acteurs privés au « principe de précaution »

La régulation d'Internet s'avère difficile à remplir par l'État seul, soumis au pluralisme juridique. C'est pour cette raison que la protection de la société, et plus particulièrement celle des mineurs, passe par une prévention ou une précaution. Cette volonté d'absence de risque demande ainsi une intervention commune des différents acteurs dont le secteur privé qui se voit attribué l'obligation de prendre toutes les précautions nécessaires pour limiter les risques aux mineurs qui circulent sur Internet. Ce principe de précaution est une notion

¹⁹⁴⁹ Janis WOLAK, David FINKELHOR et Kimberly MITCHELL, *Trends in arrests of "online predators"*, CV194_FINAL NJOV2, Crimes against children research center, University of New Hampshire, 30 mars 2009, en ligne: <<http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV194.pdf>>, (consulté le 23 sept. 2009), p. 6.

¹⁹⁵⁰ *Id.*, p. 2, 3 et 7 : Les arrestations des prédateurs en ligne en 2006 constituent 1% de toutes les arrestations relatives aux crimes sexuels commis contre des mineurs. En outre, l'ensemble des crimes sexuels commis contre des mineurs ont diminué entre 2000 et 2006. Enfin, la plupart des violences commises à l'égard d'un mineur sont le fait de la famille ou de connaissances.

¹⁹⁵¹ *Supra*, p. 338.

contemporaine qui se retrouve dans de nombreux domaines dont le droit criminel. Or, ce terme ne possède pas de définition, mais plutôt une pluralité de significations qui peuvent clairement avoir des répercussions sur le droit criminel qui est soumis au principe de la légalité. Dans tous les cas, il permet de prévenir la probabilité d'un préjudice (A). La régulation du réseau Internet passe par une coopération de tous les acteurs, comme la société civile, mais également le secteur privé. De ce fait, « l'État se retrouve relayé à un rôle d'animateur »¹⁹⁵². Autrement dit, il « pose les grandes lignes des politiques à mener en cherchant, pour le reste, à responsabiliser les acteurs locaux chargés de donner un contenu aux principes directeurs fixés »¹⁹⁵³. La sécurité du réseau Internet se retrouve ainsi être la responsabilité de tous et notamment des prestataires de services qui se voient octroyés un rôle de policier. Ils doivent, en effet, bloquer et retirer tous contenus illicites ou préjudiciables pour protéger les mineurs au risque d'engager leurs responsabilités¹⁹⁵⁴. Il en va de même pour les sites pédopornographiques. Dès lors, le secteur privé se voit attribuer un rôle de censeur qui n'était, auparavant, attribué qu'aux juges. De ce fait, l'État s'exonère partiellement de certaines prérogatives régaliennes au profit d'acteurs privés, et ce, dans un but d'efficacité (B).

A) Le concept de « précaution » : la prévisibilité d'un préjudice

Avec l'avènement des termes de sécurité, de risque et de prévention, il était tout à fait normal de voir apparaître dans le droit criminel le principe de précaution¹⁹⁵⁵. Toutefois, ce terme possède une multitude de définitions applicables dans différents domaines. De manière générale,

« [l]e principe de précaution peut être défini comme un principe général du droit communautaire imposant aux autorités compétentes

¹⁹⁵² T. GOBEIL, préc., note 112, p. 279.

¹⁹⁵³ Yves CARTUYVELS, Françoise DIGNEFFE et Dan KAMINSKI, « Droit pénal et déformalisation » dans Jean DE MUNCK et Marie VERHOEVEN; Philippe BARRÉ et al, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité?*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 219-242, à la page 229.

¹⁹⁵⁴ Le projet de loi n°1697 LOPPSI (préc., note 1397) prévoit, dans son art. 4, que l'autorité administrative indiquera aux fournisseurs d'accès Internet la liste des sites et contenus à caractère pédopornographique à bloquer. En effet, ils doivent empêcher leur accès sans délai depuis un ordinateur en France sous peine de sanction. Voir : FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net III – Conditions nécessaires à la mise en place du filtrage des sites pédopornographiques par les FAI*, Recommandation, 29 oct. 2008, en ligne : <<http://www.foruminternet.org>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹⁵⁵ Principe consacré par les art. 2 et 8 de la Conv.EDH (préc., note 57) et la Charte de l'environnement de 2004, (Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1), J.O. 2 mars 2005, n°51, p. 3697, texte n°2, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant prévaloir les exigences liées à la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques. »¹⁹⁵⁶

Par conséquent, la seule présence d'un risque potentiel ou hypothétique dans l'un de ces domaines suffit à prendre des mesures de précaution, « sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées », même si « des incertitudes subsistent quant à l'existence ou à la portée de risques pour la santé des personnes »¹⁹⁵⁷. Autrement dit, « c'est donc le risque possible qui justifie le principe de précaution »¹⁹⁵⁸. Il implique, en outre, « que le danger n'est ni actuel, ni imminent, et par voie de conséquence, il ne saurait justifier la commission d'une infraction; la notion de précaution doit être intégrée dans une analyse globale d'opportunité qui relève de la seule autorité du pouvoir exécutif »¹⁹⁵⁹. Le principe de précaution se différencie donc de la prévention qui repose sur une décision rationnelle. En effet, dans ce cas, le risque de préjudice est connu et identifiable alors qu'il est simplement probable et hypothétique pour la précaution. Il suffit qu'un seuil significatif de probabilité et de gravité soit atteint et des preuves suffisantes de dangers avérés, notamment pour les mineurs, pour justifier des mesures de précaution.

Appliqué au droit criminel, cela permet ainsi de prévenir le crime et anticiper les passages à l'acte de certains délinquants jugés dangereux. C'est ainsi que le législateur souhaite condamner la probabilité ou la prévisibilité d'un préjudice en contrôlant les délinquants sexuels dangereux. En effet, il s'agit de prévenir un risque potentiel ou hypothétique, donc incertain, mais pas encore avéré, donc certain¹⁹⁶⁰. La précaution veut ainsi que des mesures soient prises afin d'éviter de nouvelles victimes, mineures en l'occurrence, en enfermant et en soignant les personnes présentant un état dangereux pour la société. Les mesures de rétention de sûreté sont un très bon exemple de précaution prise par le législateur, ainsi que

¹⁹⁵⁶ Trib. 1re inst. Commun. europ. 26 nov. 2002, *Gaz.Pal.* 2003 somm. 2504.

¹⁹⁵⁷ Trib. 1re inst. Commun. europ. 21 oct. 2003, *Gaz.Pal.* 2004 somm. 2026; C.cass.crim., 21 mars 2006, N° de pourvoi: 05-83637, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹⁵⁸ C.cass.crim., 31 mai 2007, N°06-86628, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹⁵⁹ C.cass.crim., 27 mars 2008, N°07-83009, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹⁶⁰ Damien ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », (avril/juin 2007) 2 *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, p. 251-266, à la page 252.

tout le régime relatif aux délinquants sexuels¹⁹⁶¹. Ils sont traités de manière différente en raison du danger qu'ils représentent, même si des incertitudes scientifiques demeurent sur l'existence réelle de leur dangerosité. En effet, les expertises ne sont pas assez fiables, mais suffisamment pour mettre en exergue une potentialité de risques, et donc de dangers pour la société¹⁹⁶². C'est sur cette base que les juges dans l'arrêt *R. c. Sharpe* ont consacré la théorie du risque de préjudice¹⁹⁶³, repris par l'article 163.1 (6) du C.crim. par le terme de « risque indu »¹⁹⁶⁴. De ce fait, les juges ont décidé « qu'une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait »¹⁹⁶⁵ pour démontrer l'existence d'un préjudice envers les mineurs par l'infraction de possession de pédopornographie¹⁹⁶⁶. C'est ainsi que, sur le fondement du principe de précaution, « le Parlement peut agir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette » »¹⁹⁶⁷. En d'autres termes, le fait que le matériel à caractère sexuellement explicite mette en scène des mineurs entraîne, dans tous les cas, un préjudice pour le mineur. En effet, celui-ci en est l'acteur. Les producteurs de pédopornographie produisent clairement un dommage pour les moins de dix-huit ans, à la différence des possesseurs qui ne font que le visualiser¹⁹⁶⁸. Toutefois, dans ce cas, les juges, dans l'arrêt *R. c. Sharpe*, ont considéré qu'un risque potentiel de passage à l'acte pouvait être mis en évidence, même s'il n'était pas nettement avéré par les différentes études, plus ou moins contradictoires¹⁹⁶⁹. Néanmoins, le simple fait qu'un doute subsiste suffit à la prudence. Par conséquent, « l'incertitude n'exonère pas la responsabilité, au contraire, elle la renforce en créant un devoir d'anticipation des risques »¹⁹⁷⁰. Le législateur peut ainsi interdire tout matériel

¹⁹⁶¹ Pour l'auteur François EWALD, un dispositif de sûreté est en émergence autour « de la reconnaissance du principe de précaution » et « [l]a précaution est une attitude de protection plus que d'indemnisation » (« Philosophie de la précaution », (1996) 46 *L'année sociologique*, n°2, p. 399-412, aux pages 399 et 410). Voir : *Supra*, p. 362.

¹⁹⁶² *Supra*, p. 378.

¹⁹⁶³ *R. c. Sharpe*, préc., note 30; T. DESJARDINS, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien: de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, préc., note 20.

¹⁹⁶⁴ *Supra*, p. 293.

¹⁹⁶⁵ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 85.

¹⁹⁶⁶ *Supra*, p. 245.

¹⁹⁶⁷ *R. c. Malmo-Levine*, préc., note 688, § 78 : « La consommation de marijuana peut donc à juste titre faire l'objet de mesures édictées en vertu de la compétence relative au droit criminel. Dans l'arrêt *Butler*, p. 504, notre Cour a conclu que le Parlement peut agir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice et, à notre avis, il peut également intervenir sur le fondement d'une crainte raisonnée de préjudice même si, à l'égard de certains aspects de la question, « la situation n'est pas encore nette » ».

¹⁹⁶⁸ *Supra*, p. 245.

¹⁹⁶⁹ *R. c. Sharpe*, préc., note 30, § 84-94. Voir : *Supra*, p. 245.

¹⁹⁷⁰ Pierre LASCOUMES, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », (1996) 46 *L'année sociologique*, n°2, p. 359-382, à la page 365.

pédopornographique qui représente un risque potentiel ou hypothétique, qu'un préjudice soit ou non causé à des mineurs, même si ce risque n'est pas certain ou avéré du moment qu'il soit susceptible d'être grave. Par contre, si ce risque de préjudice « ne présente que peu ou pas de risques de préjudices pour les enfants », une interdiction ne saurait être justifiée sous l'article premier de la *Charte canadienne*¹⁹⁷¹. Autrement dit, le moindre risque grave de préjudice envers les moins de dix-huit ans, qu'il soit avéré ou potentiel, suffit à justifier l'application du principe de précaution, mais également envers la société qui permet, dans une certaine mesure, l'évaluation de ce risque, grâce à la norme de tolérance¹⁹⁷². En effet, il s'agit de déterminer le risque toléré par la société. Il s'avère que pour les mineurs celui-ci paraît nul. La tolérance zéro semble être l'objectif poursuivi par le législateur et la société sur le réseau Internet. En effet, l'instauration d'une morale fondée sur une absence de risque de préjudice pour les personnes vulnérables âgées de moins de dix-huit ans représente l'enjeu principal qu'il soit national ou international.

B) L'exonération partielle de la responsabilité de l'État: l'implication des professionnels

Le principe de précaution permet une prise en charge du risque par tous les acteurs du réseau Internet. Toujours dans cet esprit d'une justice de sûreté et de précaution, l'État s'est en quelque sorte exonéré d'une partie de sa responsabilité, à savoir celle de garantir la sécurité de tous, en raison d'une certaine impuissance à contrôler le réseau Internet. Il a alors délégué une de ses prérogatives régaliennes dans un but d'efficacité. En effet, le réseau présente des caractéristiques, comme l'internationalisation des infractions et la décentralisation du pouvoir, qui amènent indéniablement une gestion collective des risques. La régulation de ce média se retrouve donc être l'affaire de tous. Elle implique l'ensemble des acteurs et de la technologie dans un souci de prévention et de précaution. C'est pour cette raison qu'une certaine déresponsabilisation de l'État au profit d'autorités non étatiques, pour instaurer une certaine sécurité sur le réseau, s'est mise en place¹⁹⁷³. Autrement dit, il transfère une partie de ses compétences. C'est d'ailleurs le cas lorsqu'il est

¹⁹⁷¹ *Charte canadienne*, préc., note 52.

¹⁹⁷² *Supra*, p. 156.

¹⁹⁷³ Hélène RUIZ FABRI, « Immatériel, territorialité et État », dans Angel SANCHEZ DE LA TORRE et autres (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Paris, Sirey, 1999, p. 187-212, à la page 208; P. LANDREVILLE et G. TROTTIER, préc., note 1885, p. 7.

question de la protection des mineurs qui revient au premier plan aux parents par le biais de l'autorité parentale¹⁹⁷⁴, mais également au secteur privé¹⁹⁷⁵. En effet, le contrôle et la surveillance des contenus illicites et préjudiciables pour les mineurs par les parents se font au moyen de techniques développées par le secteur privé sous l'impulsion, parfois, des pouvoirs publics¹⁹⁷⁶. De ce fait, la technique, par prudence, est venue censurer les contenus inadaptés aux mineurs avec, toutefois, l'effet négatif de supprimer un nombre important de contenus, pas forcément nuisibles. La censure est alors devenue la solution à tous les problèmes. Or, cette technique porte gravement atteinte à la liberté d'expression¹⁹⁷⁷. D'ailleurs, le projet de loi français n°1697 LOPPSI¹⁹⁷⁸ prévoit la mise en place d'une liste de sites dont l'accès devra être empêché sans délai et qui sera notifié aux prestataires de services Internet. Ils seront ainsi dans l'obligation de bloquer toute tentative d'accéder à ces contenus sur le territoire national, sous peine de sanction. Or, plusieurs pays ont adopté cette pratique qui ne semble pas s'avérer très satisfaisante¹⁹⁷⁹. Néanmoins, le principe de précaution veut, au titre de la protection des mineurs, qu'aucun risque ne soit pris. Un véritable désir de participation dans la sécurité se fait de plus en plus ressentir. La société civile demande l'emploi de technologies à l'État pour se protéger contre les risques éventuels engendrés par le réseau Internet. Dans ce dessein, l'État se décharge sur le secteur privé pour trouver des solutions techniques aux revendications populaires¹⁹⁸⁰. Par conséquent, le secteur privé est amené à protéger la société contre tous risques de préjudice. Autrement dit, la protection des mineurs lui est en partie dévolue, l'État n'intervenant que pour les sanctionner en cas de non-respect de leurs obligations. C'est ainsi qu'une part de la sécurité passe par ses propres moyens, aidés par la technique.

¹⁹⁷⁴ Wanda CAPELLER, « Un net pas très net – Réflexions sur la criminalité virtuelle », dans A. SANCHEZ DE LA TORRE et autres (dir.), p. 167-185, à la page 183. Voir : *Supra*, p. 36.

¹⁹⁷⁵ A. LEPAGE, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, préc., note 315, p. 207. Voir : *Supra*, p. 33.

¹⁹⁷⁶ Par exemple, il s'agit des logiciels de filtrage et de contrôle parental qui sont disponibles gratuitement sur le réseau Internet pour protéger les mineurs contre les contenus illicites et préjudiciables, mais également pour éviter les mauvaises rencontres en bloquant la diffusion de données personnelles.

¹⁹⁷⁷ *Supra*, p. 185.

¹⁹⁷⁸ *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 4.

¹⁹⁷⁹ Par exemple, le cas de l'Australie qui a établi une liste noire de sites à bloquer qui contient également un nombre important de sites n'étant pas illicites. D'ailleurs, il semblerait que ce système engendre un coût important pour peu de résultat. En outre, la censure du réseau Internet est la pratique privilégiée par les pays totalitaires. Voir : Claire ULRICH, « Les censeurs du Net », *Le monde*, 29 mai 2009, en ligne : <<http://www.lemonde.fr>>, (consulté le 23 sept. 2009).

¹⁹⁸⁰ P. KOURILSKY et G. VINEY, préc., note 1889, p. 14.

Le secteur privé se retrouve donc avec un rôle non négligeable sur le réseau Internet et notamment pour sa sécurité. En effet, il doit garantir la sécurité des internautes par des solutions techniques, afin de prévenir les risques. Le principe de précaution instaure une corégulation du réseau Internet, voire une nouvelle gouvernance. Toutefois, les prestataires de services Internet, faisant partie du secteur privé, se retrouvent soumis à une obligation de sécurité et de prudence qui prennent, parfois, l'apparence d'une obligation de résultat. Autrement dit, ils doivent prendre les précautions nécessaires pour protéger les mineurs, sinon ils engagent leurs responsabilités. Même en l'absence d'obligation de surveillance, ils doivent promptement, au nom de la prudence et donc de la précaution, retirer ou bloquer tous contenus pouvant être préjudiciables pour une personne de moins de dix-huit ans et empêcher l'accès à des sites préjudiciables ou illicites à des mineurs¹⁹⁸¹. Ils sont donc soumis au principe de précaution. Ils se retrouvent ainsi à s'impliquer de manière assez active dans la sécurité du réseau et plus particulièrement dans la protection des mineurs. La régulation du réseau se définit alors à partir des victimes potentielles. En effet, en rendant responsables les prestataires de services Internet de la diffusion de contenus illicites, sans pour autant en être l'auteur principal, parce que « susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »¹⁹⁸², l'idée poursuivie est d'indemniser les victimes de manière plus certaine. Effectivement, il s'avère difficile d'identifier le fournisseur de contenu contrairement aux autres fournisseurs de services. Ils doivent alors supporter les risques. L'aspect actuariel s'entrevoit plus nettement.

¹⁹⁸¹ Voir : *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1568; *Loi N°2004-575 pour la confiance dans l'économie numérique (LEN)*, préc., note 568; *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397.

¹⁹⁸² C.pén., art. 227-24; *R. v. Pecciarich*, [1995] 22 O.R. (3d) 748 (Sup. Ct. (Gen. Div.)); M. GEIST, *Internet Law in Canada*, third Edition, Ontario, Captus Press Inc., 2002, p. 161. Il s'agissait de l'accusation d'un canadien pour la distribution de photographies obscènes et de pornographie infantile, au moyen d'ordinateurs personnels. Les juges ont également sanctionné la diffusion d'images zoophiles en rendant responsable le diffuseur du message (le diffuseur du message a une obligation de précaution puisque l'accessibilité aux dites images étant bien le fait de leur commercialisation et non de la carence éventuelle des parents ou de la permissivité ambiante). Une Cour d'appel, par exemple, a doublé la peine infligée en première instance en condamnant le responsable de sites pornographiques à 30 000 euros d'amende pour ne pas avoir utilisé un système efficace d'interdiction d'accès aux mineurs (*E.L. c. Ministère public*, CA Paris, 13^e ch., sect. A, 2 avr. 2002, *Comm.com.électr.* 2002. comm. n°111, p. 38 ; *M.G. c. Ministère Public*, CA Paris, 13 mai 1998, *Gaz.Pal.* 1999.1.46, note Yann BRÉBAN ; *Monsieur Timothy K c. Yahoo Inc*, TGI Paris, 26 fév. 2002, en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/>>, (consulté le 23 sept. 2009)).

Section2: La suprématie des acteurs publics

Malgré la consécration du « principe du multipartenariat »¹⁹⁸³, le droit criminel reste une prérogative étatique par excellence en intégrant des dimensions sociales, culturelles et spontanées. Le droit étatique semble vouloir s'inscrire davantage dans les revendications sociales actuelles de la société, pour légitimer son intervention qui avait perdu une part de la confiance des internautes. C'est ainsi que la « juridicisation de l'opinion publique »¹⁹⁸⁴ permet une réappropriation du droit par la société¹⁹⁸⁵ qui se voit engagée dans le processus d'élaboration du droit, dont le droit criminel. Or, selon le contrat social établi, les citoyens délèguent le pouvoir de punir à l'État qui l'applique au nom de la société. Mais, désormais, l'opinion publique interagit en donnant ses sentiments à l'égard de telles ou telles affaires ou problématiques contemporaines¹⁹⁸⁶. De ce fait, même s'il semble y avoir un certain « populisme pénal »¹⁹⁸⁷, il n'en reste pas moins que la société s'en remet au droit criminel en cas d'infractions. En effet, ce droit possède un aspect symbolique non négligeable donnant une réparation morale, à savoir la réprobation sociale du méfait commis. C'est d'ailleurs le cas avec les affaires relatives à la pédopornographie et ses infractions dérivées. En outre, l'intervention étatique sur Internet a un aspect plus symbolique qu'efficace¹⁹⁸⁸. Les caractéristiques de ce réseau ne lui permettent pas d'imposer à tous l'application du droit en raison de certaines difficultés à identifier les auteurs et leurs victimes. Mais le fait d'être présent sur le réseau et d'élaborer des lois pouvant s'y appliquer démontre la volonté de l'État d'être visible dans la régulation de ce média et d'imposer une norme de comportement moral revendiquée, par ailleurs, par l'opinion publique. Par conséquent, le droit criminel, malgré le pluralisme juridique, conserve un aspect symbolique important puisqu'il permet de signaler « que la société désapprouve un acte et qu'une intervention officielle de l'État est nécessaire »¹⁹⁸⁹ (I). Il répond ainsi aux revendications sociales

¹⁹⁸³ *Supra*, p. 386.

¹⁹⁸⁴ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 194-201.

¹⁹⁸⁵ *Supra*, p. 388.

¹⁹⁸⁶ A. P. PIRÈS, préc., note 730, p. 198.

¹⁹⁸⁷ D. SALAS, préc., note 16.

¹⁹⁸⁸ « La centralisation de la régulation juridique au bénéfice de l'État se révèle beaucoup plus importante dans l'ordre symbolique que du point de vue instrumental ». « Le droit étatique des dernières décennies pourrait avoir lui-même contribué à cette évolution dynamique du champ symbolique d'une part en faisant une large place à la connaissance technique (recours accru aux experts comme témoins, assesseurs, juges...) et d'autre part en rétablissant le dialogue du droit naturel et du droit positif notamment par le renforcement des droits et libertés de la personne » (J.-G. BELLEY, préc., note 42, p. 29 et 31).

¹⁹⁸⁹ COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 12.

spécifiques à notre société¹⁹⁹⁰. L'une d'elles est clairement la protection des mineurs sur le réseau Internet. En effet, cette catégorie de personnes vulnérables constitue le groupe à protéger par excellence. Les mineurs représentent, en quelque sorte, le tronc commun entre le pouvoir étatique et la communauté d'internautes qui acceptent et même, demandent que le droit criminel s'applique de manière plus efficace sur le réseau pour protéger les moins de dix-huit ans. Autrement dit, la sécurité devient l'enjeu principal sur Internet. L'État trouve ainsi, après avoir connu une crise de confiance, un moyen pour légitimer son intervention et, enfin, d'être plus visible dans la régulation d'Internet, malgré la concurrence des normes des autres acteurs. Il s'est donc vu solliciter pour intervenir dans la sécurité du réseau. Toutefois, les repères de cette légitimité se sont transformés. Ils ne correspondent plus forcément à l'État de droit, puisque la politique pénale semble s'orienter plus clairement vers le contrôle, la surveillance, la discipline et la prévention (II).

I. Les fondements du droit criminel : l'effet symbolique de la loi

En raison des différentes revendications sociales, l'État, après avoir été plus ou moins absent de la régulation du réseau Internet, reprend en quelque sorte sa place. En effet, il est le seul détenteur de la répression en raison du contrat social établi. Autrement dit, il est le seul compétent pour réprimer une atteinte à l'ordre public. Il a donc le devoir et le droit d'intervenir pour réparer les dommages causés à l'ensemble de la société. De ce fait, l'État se retrouve, enfin, présent et sollicité dans cette régulation. Il peut ainsi remplir ses fonctions de protecteur de la société, dont les plus faibles, et de la moralité publique. En effet, il ne faut pas oublier qu'en principe, l'État doit protéger les intérêts collectifs de la société. Il est alors fait référence aux valeurs communes de la société¹⁹⁹¹. Par conséquent, le droit criminel, emprunt de symbolique, permet de sauvegarder la moralité publique de la société qui s'inscrit dans une perspective paternaliste et symbolique (A), mais également de

¹⁹⁹⁰ *Id.*, « Au fil du temps, les efforts consacrés à définir le message symbolique du droit pénal ont eu pour effet de refaçonner et de réformer les lois afin de leur faire porter certains messages. Divers groupes jouent un rôle actif dans la définition du message symbolique du droit pénal en faisant campagne sur des questions préoccupantes et en pressant le gouvernement de modifier les lois ». « La prise en compte de la diversité et des particularités et leur protection (féminisme, mouvements homosexuels) à l'encontre d'une tendance à l'uniformité et à l'unitarisme, donc la sensibilité aux droits des minorités à côté et parfois à l'encontre des aspirations de la majorité, la valorisation de la différence seraient des traits spécifiques de la revendication post-moderne » (É. LE ROY, préc., note 46).

¹⁹⁹¹ Lien direct avec « la norme commune de tolérance » de l'arrêt *R. c. Butler* (préc., note 280.)

protéger la société dont les plus vulnérables, comme les mineurs, en raison de l'émotion que les abus suscitent (B).

A) La protection de la moralité publique

Vu que nous sommes dans une société fondée sur le risque, il était logique que le droit s'en intéresse. D'ailleurs, il semble s'orienter vers une sorte de « droit actuariel », voire « assurantiel »¹⁹⁹². En effet, le législateur, en répondant aux inquiétudes de la collectivité, instaure une sorte de régime d'indemnisation dès qu'un risque de préjudice se laisse entrevoir. C'est ainsi qu'une certaine « pénalisation de la vie quotidienne » peut se déceler puisque désormais « [l]e droit pénal est (...) devenu le seul mode de régulation des relations humaines, ce qui explique l'inflation répressive dénoncée »¹⁹⁹³. Autrement dit, il « est aujourd'hui réduit à intervenir dans tous les domaines de la vie quotidienne pour déterminer la frontière entre ce qui se fait et ce qui ne se fait pas »¹⁹⁹⁴. Par conséquent, une société ne peut pas vivre sans dégager des « standards moraux »¹⁹⁹⁵. De ce fait, le droit criminel permet de déterminer ce qui est interdit au nom des valeurs sociales considérées comme fondamentales par la collectivité. La liberté sexuelle est alors soumise à une certaine morale, notamment la moralité publique mise en exergue par la société qui évolue avec son époque¹⁹⁹⁶. Certains comportements ne sont donc pas tolérés par celle-ci, alors que d'autres au contraire peuvent être admis, mais un certain aléa demeure dans la détermination de ce qui est ou non moral¹⁹⁹⁷. L'aspect paternaliste se révèle. Effectivement, malgré le rejet de la morale, celle-ci n'a pas disparu puisqu'il y a toujours une dichotomie entre ce qui est « bien » et ce qui est « mal ». L'aspect symbolique du droit criminel et sa tendance à avoir une connotation morale, qui prend parfois la forme d'un paternalisme¹⁹⁹⁸, se manifeste dans différents exemples.

¹⁹⁹² « Par rapport à la dangerosité, les méthodes actuarielles peuvent nous fournir un profil, pour que nous puissions ensuite situer l'individu par rapport à ce profil et rendre un jugement approprié. Il ne s'agit pas de changer le comportement de ces criminels, mais bien de les identifier et de les maîtriser » (J. PRATT, préc., note 1662, p. 119).

¹⁹⁹³ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 219.

¹⁹⁹⁴ *Id.*

¹⁹⁹⁵ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », préc., note 623, p. 26.

¹⁹⁹⁶ *Supra*, p. 106.

¹⁹⁹⁷ D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », préc., note 623, p. 7-37.

¹⁹⁹⁸ *Id.*, p. 44: « Contrairement à l'État paternaliste, l'État démocratique ne se substitue pas aux choix des individus ».

Dans un premier temps, les adolescents sont soumis à un régime très protecteur en ce qui concerne leur liberté sexuelle¹⁹⁹⁹. En effet, en raison de leur vulnérabilité, ils sont soumis à une restriction au niveau de leur âge, ce qui leur permet de rendre leur consentement invalide²⁰⁰⁰. Cette majorité sexuelle a un aspect paternaliste et protecteur. En outre, le droit criminel canadien et français répriment le fait de représenter sur tout support les activités sexuelles entre personnes de moins de dix-huit ans et, notamment le fait de la publier sur le réseau Internet, afin de les protéger de tout risque de préjudice²⁰⁰¹. Cette mesure présente un certain aspect paternaliste et moral, puisqu'elle va plus loin que la simple protection du mineur. En effet, ce matériel, dans certains cas et selon certaines conditions, ne présente pas ou peu de risque de préjudice²⁰⁰². Mais, d'un point de vue symbolique, l'effet est important puisqu'il permet de protéger les mœurs des mineurs et, par voie de conséquence, la moralité publique de l'ensemble de la société. Visiblement, ce retour au paternalisme étatique annonce le retour de l'État dans la vie des citoyens et, plus particulièrement des internautes.

Dans un deuxième temps, le droit criminel possède une part importante de morale malgré la séparation du droit et de celle-ci. Il est effectivement difficile d'être complètement objectif et exempt de toute moralité lorsque le sujet est aussi emprunt de préjugés et de ressentiments. L'irrationnel et le rationnel sont donc mis en balance de manière assez claire. Il y a, d'une part, la sexualité où les individus ont tendance à faire parler leurs sens et leurs émotions, et d'autre part, le droit censé être objectif. Or, la morale, dans nos sociétés plurielles, s'avère plus difficile à instaurer, puisqu'il faut trouver un lien commun qui, de nos jours, représente un vrai problème. En effet, il existe une pléthore de morales. Toutefois, pour y remédier, le législateur préfère recourir de plus en plus au critère, visiblement plus objectif, du « risque de préjudice » pour justifier les atteintes aux libertés fondamentales revendiquées par la société. En effet, celle-ci en intervenant dans l'élaboration du droit et plus particulièrement dans la régulation du réseau Internet, donne l'impression au législateur d'intervenir et de contrôler les risques sur ce média. Mais il ne s'agit que d'un effet symbolique de la loi, puisqu'il est difficile de contrôler de manière efficace Internet

¹⁹⁹⁹ *Supra*, p. 46.

²⁰⁰⁰ *Supra*, p. 21.

²⁰⁰¹ *Supra*, p. 216.

²⁰⁰² Il s'agit des deux exceptions dégagées par les juges de l'arrêt *R. c. Sharpe* (préc., note 30, § 115 et 116). Voir : *Supra*, p. 293.

sans une véritable coopération de tous les acteurs et des pays. En outre, le fait de rendre le droit plus objectif et exempt de morale n'est qu'un leurre, en raison de l'utilisation par la jurisprudence et le législateur d'un vocabulaire moral et hygiéniste et du développement d'un « droit de l'émotion »²⁰⁰³. D'ailleurs, le critère de « la norme de tolérance » utilisé en droit criminel canadien ne fait que renvoyer à la moralité majoritaire de la société qui subit un préjudice, par le biais notamment du matériel pornographique²⁰⁰⁴. Le maintien de la paix sociale et la pression constante de l'opinion publique entraînent des réponses pressées, de la part du législateur, qui répondent à l'urgence suscitée lors notamment d'affaires médiatisées relatives à la pédopornographie²⁰⁰⁵. Des réformes rapides sont alors mises en place pour satisfaire les revendications sociales sans, toutefois, prendre le temps d'élaborer des lois plus rationnelles et ne répondant pas forcément à l'émotion du moment.

Dans un troisième temps, l'effet symbolique de la loi se fait ressentir dans la législation relative aux délinquants sexuels²⁰⁰⁶. Ces derniers sont considérés comme les « nouvelles figures du mal »²⁰⁰⁷, et donc les principaux risques dans la société et plus particulièrement sur le réseau Internet, alors que les prédateurs sexuels ne représentaient qu'un pourcent des arrestations en ligne en 2006²⁰⁰⁸. La dichotomie entre les « normaux » et les « dangereux » revêt un caractère moral, même si le fondement est celui du risque de préjudice que peut entraîner un délinquant ayant un état dangereux²⁰⁰⁹. Elle permet ainsi de mettre l'accent sur la réprobation sociale à l'égard de ces individus jugés indésirables. D'ailleurs,

« [c]omme telle, la législation a des effets plus symboliques que réels; il s'agit non seulement d'un reflet de l'aversion de ce qui est ressenti comme la forme la plus répréhensible de comportement de tous les temps, mais elle est aussi l'image de ce que l'État est prêt à faire pour protéger ses citoyens contre de tels comportements. En fournissant des « garanties » contre ce risque, tel qu'il existe, l'État est même prêt à aller au delà des frontières qui déterminent les limites de la loi et du châtiment dans les sociétés démocratiques. Ainsi, les lois elles-mêmes continuent d'être des pouvoirs résiduels et symboliques, prévoyant explicitement

²⁰⁰³ B. LAVAUD-LEGENDRE, préc., note 295, p. 209 et suiv. Il n'y a plus de référence à la morale, mais au vocable de la moralité publique en raison de la laïcité et de la pluralité de nos sociétés modernes. (D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », préc., note 623, p. 27 et 28).

²⁰⁰⁴ *Supra*, p. 156.

²⁰⁰⁵ *Supra*, p. 388.

²⁰⁰⁶ *Supra*, p. 343.

²⁰⁰⁷ P.-J. DELAGE, préc., note 1840, p. 807.

²⁰⁰⁸ J. WOLAK, D. FINKELHOR et K. MITCHELL, « Trends in arrests of « online predators » », préc., note 1949, p. 2.

²⁰⁰⁹ P.-J. DELAGE, préc., note 1840, p. 807-809. Voir : *Supra*, p. 343.

l'enfermement sur la base de critères extérieurs à la loi tels que la protection de la population et la propension à commettre de futurs crimes. Étendre ces critères à l'ensemble de la population indiquerait que nous sommes passés de la démocratie à un régime totalitaire, et poserait une menace à la valeur actuellement attribuée à la vie. »²⁰¹⁰

Par conséquent, l'État utilise l'effet symbolique de la loi pour réprimer les comportements considérés comme contraire à la moralité publique du moment, en mettant l'accent sur ces derniers. En systématisant les délinquants sexuels considérés comme dangereux cela revient à les classer comme les crimes les plus horribles dans nos sociétés actuelles et engendrer un changement de paradigme au sein de la hiérarchie des valeurs²⁰¹¹. Cela permet également à l'État d'asseoir d'une certaine manière son pouvoir sur le réseau Internet qui s'avère mondial et pluraliste.

Dans un quatrième et dernier temps, le réseau Internet a eu pour conséquence de faire perdre une partie du contrôle étatique sur son territoire national. En effet, en remettant en cause le monopole de l'État, la notion de « territoire » elle-même allait en pâtir, ainsi que le droit criminel. Celui-ci est rattaché, en principe, à un territoire donné. Or, avec l'évolution du réseau Internet, des transformations se sont opérées, afin qu'il ait une chance d'être effectif²⁰¹². C'est ainsi que l'État a projeté sa compétence hors de son territoire national. Le droit n'est donc plus rattaché à un territoire mais à des éléments extérieurs et matériels, comme la nationalité, la personnalité, la situation visée ou la gravité des faits²⁰¹³. Certaines lois sont devenues extraterritoriales en suivant les déplacements de ses citoyens. C'est ainsi que les valeurs protégées et dégagées par la société auxquelles appartient l'individu, suivent ce dernier même hors de son territoire. Autrement dit, il doit se conformer à la norme de comportement établie par son État même dans un autre pays. La moralité publique n'est alors plus rattachée à un territoire mais, comme le droit, à une personne. Par conséquent, sur le réseau Internet, l'internaute doit respecter les valeurs nationales de son État sans tenir compte de l'origine du site sur lequel il navigue. Cette exportation du droit peut clairement

²⁰¹⁰ J. PRATT, préc., note 1662, p. 118.

²⁰¹¹ *Supra*, p. 348.

²⁰¹² « Le cyberspace est un territoire virtuel qui dépasse le champ des États. Son ubiquité fait que tout État récepteur d'un message diffusé par le web peut prétendre y appliquer les règles de son droit public et en particulier celles concernant la sécurité, la salubrité, la santé ... bref ce que l'on appelle communément son ordre public. Mais si l'on s'attache à l'observation de l'effectivité de l'application des règles, on découvre que la réalité de la pratique est très éloignée des possibilités théoriques de mise en oeuvre du droit par les États » (J.-J. LAVENUE, préc., note 1648, p. 93).

²⁰¹³ H. RUIZ FABRI, préc., note 1973, p. 197.

déboucher sur un ordre public international de plus en plus étoffé²⁰¹⁴ et présent et donc vers une moralité internationale. C'est d'ailleurs plus ou moins le cas avec la protection des mineurs face à la pédopornographie et ses infractions dérivées sur Internet.

B) La protection de la société

La vulnérabilité représente une des raisons qui justifie l'intervention de l'État, même dans la sphère privée de la vie. En effet, selon l'ordre public de protection²⁰¹⁵, les mineurs expriment clairement la catégorie particulière de personnes qui demande une protection accrue en raison de leur état vulnérable. D'ailleurs, c'est pour cette raison que les législateurs canadiens et français ont érigé en infraction le fait de représenter un comportement sexuellement explicite avec un mineur et d'entretenir une relation sexuelle avec celui-ci. La pédopornographie et les comportements qui lui sont associés provoquent des préjudices moraux et physiques aux moins de dix-huit ans, puisqu'ils prennent une part active dans ces infractions²⁰¹⁶. Dans le but de répondre à cet objectif, le législateur impose une norme de comportement à adopter plus particulièrement sur le réseau Internet. Pour y arriver, la censure est devenue la solution choisie pour instaurer un semblant de moralité publique sur ce média²⁰¹⁷. Or, la mise en place de celle-ci, qui permet la sécurité du réseau, n'est plus basée sur la morale, telle que nous la connaissions, mais sur un aspect plus objectif et neutre, à savoir le risque de préjudice que la société est capable de tolérer à l'égard des personnes vulnérables, comme les mineurs. Cela revient ainsi à imposer une norme de comportement qui prend des allures de moralité publique, puisqu'il s'agit d'éviter d'exposer les mineurs à des risques de nature sexuelle sur Internet. En d'autres termes, face à l'émotion suscitée par ces comportements sexuels envers les personnes mineures et les risques de préjudice susceptibles d'être provoqués, le législateur, sous l'influence de l'opinion publique et des médias²⁰¹⁸, a érigé en infraction ou a modifié certaines d'entre-elles, afin de mettre l'accent sur la gravité de tels ou tels comportements que la société ne

²⁰¹⁴ J.-J. LAVENUE, préc., note 1648, p. 97 et suiv.

²⁰¹⁵ *Supra*, p. 348.

²⁰¹⁶ *Supra*, p. 216.

²⁰¹⁷ *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, préc., note 568, art. 6; *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, préc., note 1568, art.37; *Projet de loi n°1697 LOPPSI*, préc., note 1397, art. 4.

²⁰¹⁸ « Ainsi, les médias contribuent pour beaucoup à entretenir l'appui à des solutions punitives en renforçant la crainte de la criminalité par la représentation de crimes violents » (COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 13).

peut nullement tolérer²⁰¹⁹. Autrement dit, il est mis en exergue la réprobation sociale envers ces agissements par l'effet symbolique de la loi. Par conséquent, la protection des mineurs face aux prédateurs sexuels, considérés actuellement comme le pire des dangers sur Internet²⁰²⁰, et la pédopornographie, servent à imposer une norme de comportement à tous fondée sur le message que les mineurs ne sont pas des partenaires sexuels potentiels²⁰²¹. La probabilité d'un préjudice suffit à censurer et à contrôler les comportements des individus. D'ailleurs, le ministre de la Sécurité publique a énoncé, par le biais du *projet de loi C-43*²⁰²², que « la « protection de la société » deviendra le principal objectif du système correctionnel »²⁰²³. L'aspect paternaliste prend alors tout son sens dans ce cas.

L'effet symbolique de la loi et les prérogatives de l'État font en sorte qu'il est tout à fait normal que la société civile vienne revendiquer une intervention législative dans ce domaine, même si elle n'est pas effective. Toutefois, la protection des mineurs représente une préoccupation mondiale qui permet ainsi d'imposer les premières prémisses d'une moralité publique internationale sur Internet, qui est sans frontière et décentralisée. Autrement dit, la vulnérabilité des mineurs permet de dégager un certain ordre public transnational qui instaure une norme de comportement moral sur un média sans frontières²⁰²⁴. Par conséquent, comme le souligne Jean Carbonnier, un certain changement de paradigme s'est effectué dans nos sociétés actuelles, « en ce sens non plus que la morale fait la loi, mais bien plutôt que la loi tiendrait lieu de morale »²⁰²⁵. Le critère de la protection des mineurs²⁰²⁶ devient alors le fondement de la moralité publique actuelle, aussi bien au Canada qu'en France. En d'autres termes, le droit criminel permet l'instauration d'une norme de comportement moral qui a pour finalité d'éduquer l'ensemble de la société en perte de repères moraux.

²⁰¹⁹ *Id.*, p. 12 : « [L]e droit pénal sert à faire passer différents messages symboliques sur la gravité de l'infraction et son traitement par l'État ». Voir : *Supra*, p. 154.

²⁰²⁰ *Supra*, p. 343.

²⁰²¹ CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant l'âge du consentement*, préc., note 212; CHAMBRE DES COMMUNES, *Discours du parrain à la deuxième lecture du Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, préc., note 212.

²⁰²² *Projet de loi C-43*, préc., note 1820.

²⁰²³ *Id.*; SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *La « protection de la société » deviendra le principal objectif du système correctionnel*, préc., note 1822.

²⁰²⁴ « Entre le juridique et le moral on est en train de créer une morale d'État » (J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 306).

²⁰²⁵ *Id.*, p. 312.

²⁰²⁶ *Supra*, p. 174.

II. La remise en cause de l'État de droit

L'État retrouve, par le biais du droit criminel²⁰²⁷, un moyen de s'investir de manière plus visible dans la régulation d'Internet et plus particulièrement lorsqu'il est question de la protection des mineurs et de leurs mœurs. Même s'il s'agit de son rôle, le développement rapide du réseau l'avait en quelque sorte empêché d'exercer de manière adéquate cette prérogative. Mais, la volonté de sécurité de la part de la société civile et du secteur privé a été assez forte pour demander une intervention, même symbolique, des pouvoirs publics afin d'imposer une norme de comportement sur ce média à vocation plurielle et internationale²⁰²⁸. C'est pour cette raison qu'en présence d'une pluralité de morales et de conceptions culturelles, la protection des mineurs est devenue l'élément rassembleur où tous les pays arrivent à s'entendre sans trop de difficultés²⁰²⁹. La protection des mineurs est alors devenue un critère important de censure et de contrôle sur le réseau Internet²⁰³⁰. Autrement dit, il s'agit de protéger toutes personnes âgées de moins de dix-huit ans de tout risque de préjudice envers sa dignité personnelle²⁰³¹. Ceci constitue un moyen important de régulation et permet d'imposer à tous une norme de comportement moral²⁰³². Par conséquent, même si les critères relatifs à la moralité publique se sont transformés, il n'en reste pas moins que l'objectif reste le même, à savoir la normalisation des comportements (A). De ce fait, un certain retour de la confiance envers l'État est décelable, notamment avec les revendications sociales qui se font de plus en plus pressantes. En effet, l'absence de risque doit être totale ou du moins tolérable²⁰³³. Or, une certaine intolérance se crée envers le risque de préjudice susceptible de troubler la navigation sur le réseau Internet qui a tendance à être diabolisé²⁰³⁴. C'est ainsi que l'État, par les craintes de la société envers ce média et la demande croissante envers la protection des mineurs vulnérables, peut retrouver

²⁰²⁷ Le droit criminel servant alors de réponse aux inquiétudes des citoyens. C'est ainsi que « [l']interdit pénal semble être, règle générale, la solution privilégiée par le législateur pour « enrayer » les « problèmes sociaux » » (P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 106). Nous pouvons ainsi parler d'une « socialisation du pénal » ou d'une « pénalisation du social » (S. SNACKEN, préc., note 1653, p. 110).

²⁰²⁸ « [D]ans bien des cas, nous pensons que les solutions qu'offre le droit pénal assureront notre protection et notre sécurité » (COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, préc., note 687, p. 2).

²⁰²⁹ *Supra*, p. 338.

²⁰³⁰ *Supra*, p. 173.

²⁰³¹ *Supra*, p. 121 et 174.

²⁰³² *Supra*, p. 174.

²⁰³³ *Supra*, p. 156.

²⁰³⁴ « Cette nouvelle technologie, étant encore peu connue de la masse populaire, devient à la fois un bouc émissaire et un outil parfait à l'élargissement du pouvoir » (P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 47).

un semblant de pouvoir sur ce média grâce au droit criminel qui reste sous sa seule autorité (B). Cela lui permet, par ailleurs, d'étendre son contrôle, afin de mettre en place un réseau plus sûr et confiant.

A) Le faux changement de paradigme : la normalisation des comportements

L'infraction de pédopornographie réelle ou virtuelle permet de protéger les mœurs et l'image du mineur, ainsi que sa personne, contre tout risque d'exploitation sexuelle²⁰³⁵. Il est donc soumis à un régime très protecteur qui justifie la mise en place d'un régime répressif. C'est d'ailleurs le cas avec la délinquance sexuelle qui possède un régime très sévère. Son objectif principal étant celui de l'absence de risque de récidive en traitant différemment les personnes jugées dangereuses pour la société²⁰³⁶. De ce fait, elles sont enfermées et soignées tant qu'elles ne sont pas guéries et disciplinées, à savoir qu'elles soient capables d'acquiescer la norme de comportement normal qui est, dans notre cas, celui de ne pas considérer les mineurs comme des partenaires sexuels. Autrement dit, un changement de paradigme s'est effectué, à savoir celui de justifier les atteintes aux libertés individuelles, non plus sur la morale, mais sur le risque de préjudice. Or, cette modification n'est pourtant qu'un leurre. En effet, comme nous l'avons démontré dans notre étude, le vocabulaire fait clairement transparaître que la morale est encore nettement visible²⁰³⁷, ainsi que le fait que l'opinion publique se fait de plus en plus présente dans le système juridique en transmettant à la justice toute son émotion à l'égard des affaires de pédopornographie²⁰³⁸. Par conséquent, la protection des mineurs, face à cette infraction, sert de fondement symbolique à l'instauration d'une moralité publique sur le réseau Internet. Le but est alors de mettre en place une normalisation des comportements, afin d'établir un Internet plus moral.

Le droit criminel se retrouve à imposer à l'ensemble de la société sa vision de la morale. Celle-ci est appuyée par les revendications sociales, en raison d'une perte de repères moraux et d'une pluralité de morales et de cultures qui obligent à se concentrer sur le seul

²⁰³⁵ *Supra*, p. 216.

²⁰³⁶ *Supra*, p. 343.

²⁰³⁷ *Supra*, p. 166.

²⁰³⁸ *Supra*, p. 106 et 343.

consensus moral²⁰³⁹ que représente la protection des plus vulnérables, les mineurs. La loi pénale tient ainsi lieu de morale à l'ensemble de la société²⁰⁴⁰. Autrement dit, le droit criminel prend des allures pédagogiques et éducatives. En effet, il est devenu « le dernier lieu où la morale commune peut espérer faire un certain consensus. Ou plus exactement, on fait appel au droit comme substitut à la morale pour se prononcer sur des questions de conscience »²⁰⁴¹. C'est ainsi que l'infraction de pédopornographie permet de discipliner les utilisateurs de ce matériel en réprimant aussi bien le producteur que le consommateur, et les différents comportements qui peuvent donner lieu à la création de ce matériel, comme le recrutement ou le conditionnement des mineurs²⁰⁴². Or, comme le souligne parfaitement l'auteur Jean Carbonnier, « si la loi a été proclamée éducatrice, c'est qu'on l'a fait sortir du juridique pour la faire pénétrer dans le moral »²⁰⁴³. Par conséquent, l'État, après avoir connu une période de perte de confiance, peut enfin remplir ses fonctions de protecteur des plus faibles, voire paternelle, et de moralité publique. En effet, il ne faut pas oublier qu'il doit protéger les intérêts collectifs de la société, même sur le réseau Internet.

B) L'apparition de l'État-sécurité par le biais du droit criminel

Le droit criminel reste la seule véritable prérogative régaliennne qui ne peut pas être déléguée, en vertu du contrat social établi. L'autorité étatique reste alors la seule détentrice de la répression, ce qui lui permet d'être encore très présent dans la régulation d'Internet, malgré la présence de certaines sanctions non étatiques qui sont sans effet réellement contraignant²⁰⁴⁴. C'est ainsi que « la réduction des fonctions de l'État (...) oblige celui-ci à mettre l'accent sur les compétences qui lui restent dévolues, telles la sécurité et la justice »²⁰⁴⁵. Par conséquent, les craintes plus ou moins raisonnées de la société envers les nouvelles technologies, comme le réseau Internet, permettent aux pouvoirs publics un certain retour dans ses prérogatives, dont celles reliées à la sécurité²⁰⁴⁶. La cybercriminalité

²⁰³⁹ *Supra*, p. 341.

²⁰⁴⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, préc., note 21, p. 312

²⁰⁴¹ Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éd. Thémis, 1996, p. 8.

²⁰⁴² *Supra*, p. 234.

²⁰⁴³ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, préc., note 122, p. 155 et 157.

²⁰⁴⁴ Il s'agit, par exemple, des sanctions effectuées par les communautés d'internautes lorsqu'ils décident de boycotter un de leurs membres ou de le retirer du groupe de discussion.

²⁰⁴⁵ S. SNACKEN, préc., note 1653, p. 110.

²⁰⁴⁶ D. MOCKLE, préc., note 1498, p. 29, 30, 45 et 46.

est ainsi devenue un moyen pour l'État d'être plus visible sur Internet, même si « son champ se réduit à celui de l'insécurité des personnes et des biens »²⁰⁴⁷.

La cybercriminalité revient, en quelque sorte, à être un instrument de contrôle sur le réseau Internet²⁰⁴⁸. En effet, la neutralisation des individus dangereux et plus particulièrement des délinquants sexuels vient expliciter ce contrôle, puisqu'ils représentent la véritable menace pour les mineurs, premiers utilisateurs d'Internet et la principale préoccupation internationale²⁰⁴⁹. Pour y remédier, les législateurs canadiens et français ont renforcé les pouvoirs des policiers ainsi que les moyens d'enquêtes dans un but d'efficacité, afin de garantir la sécurité sur le réseau²⁰⁵⁰. C'est ainsi qu'en surveillant cette partie de la population, cela revient à rendre le réseau Internet plus sécuritaire et, par voie de conséquence, à réinstaurer une certaine confiance dans ce média²⁰⁵¹. L'objectif est alors de gérer les menaces afin de protéger la société et plus spécialement les personnes vulnérables. La sécurité des mineurs, revendiquée par l'opinion publique, représente la prérogative régaliennne par excellence dont l'État peut user pour contrôler et censurer les comportements sur le réseau Internet. En effet, la protection des mineurs, notamment contre la pédopornographie qui représente un risque de préjudice, légitime la mise en place d'un régime juridique répressif et la surveillance accrue du réseau²⁰⁵². Cette légitimité permet à l'autorité publique d'être plus présente et de limiter les libertés individuelles, comme la vie privée qui s'est, d'ailleurs, transformée avec le développement d'Internet²⁰⁵³. Par conséquent, la protection des personnes vulnérables mineures représente un instrument important de censure et de contrôle des comportements des individus sur le réseau. Autrement dit, « [p]our l'État, l'Internet semble se présenter comme un outil, un moyen technique de contrôle des individus par excellence »²⁰⁵⁴. Finalement, cette nouvelle

²⁰⁴⁷ J.-M. HAUSMAN, préc., note 1669, p. 130.

²⁰⁴⁸ S. LEMAN-LANGLOIS, préc., note 1029, p. 1.

²⁰⁴⁹ En effet, il ne faut pas oublier que la protection des mineurs permet de mettre en place un certain consensus moral entre les pays et entre les divers acteurs du réseau Internet. Voir : *Supra*, p. 338 et 343.

²⁰⁵⁰ *Supra*, p. 302.

²⁰⁵¹ M. JORET-BOHE, préc., note 70, p. 16. Le but est donc de créer une confiance en diminuant les risques en garantissant plus de sécurité. « Enfin, tous deux ont un intérêt à sécuriser l'écosystème en établissant (rétablissent?) la sûreté et la confiance des internautes comme cyberconsommateurs » (F. FRANCHIN et R. MONNET, préc., note 1912, p. 65).

²⁰⁵² *Supra*, p. 174.

²⁰⁵³ *Supra*, p. p. 185.

²⁰⁵⁴ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 49.

technologie devient un « Internet policé »²⁰⁵⁵ dans le but d'établir ou de rétablir la sécurité et, par la même, la confiance dans l'État et dans ce média. Le contrôle de l'État, sous-tendu par l'absence de risque envers la morale, permet de rendre plus confiant l'internaute et ainsi permettre un meilleur développement du réseau. Nous sommes donc passés d'un Internet sans morale fondé sur le simple développement commercial à un réseau moral sans risque pour les mineurs.

²⁰⁵⁵ C. BIRRAUX et H. REVOL, préc., note 1916, p. 21.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Cette seconde partie aura permis de constater que les nouvelles technologies de l'information, comme le réseau Internet, ont eu un certain impact sur l'infraction de pédopornographie et la procédure criminelle, aussi bien au Canada qu'en France. En effet, elles ont facilité et développé la diffusion, notamment anonyme, des représentations à caractère sexuel des moins de dix-huit ans. C'est pour cette raison que le mineur est protégé, aussi bien au niveau de son image réelle que virtuelle. Dans un premier temps, la pédopornographie active est incriminée, puisqu'elle est l'enregistrement d'une infraction à caractère sexuel à l'encontre d'un mineur en train d'être commise ou qui a été commise. Il s'agit donc de sanctionner la production, la publication ou la diffusion et la distribution d'images réelles d'abus ou d'agression sexuelles d'un mineur. Cela revient ainsi à condamner la mise en réseau de ce matériel, afin de démanteler les réseaux d'utilisateurs de pédopornographie. D'ailleurs, celle-ci a donné lieu à de nouveaux comportements, à savoir le recrutement et le conditionnement du mineur, afin d'obtenir des prestations sexuelles de celui-ci. Pour résoudre ce problème, les législateurs canadiens et français ont érigé en infraction le fait de solliciter ou de leurrer un mineur par Internet pour l'amener à un comportement sexuel. Dans un second temps, la pédopornographie passive est incriminée, afin de protéger l'image réelle du mineur. Il s'agit de manière plus concrète de l'infraction de possession ou de détention. Les législateurs canadiens et français s'en prennent aux consommateurs dans le but de créer un impact sur le marché, mais surtout pour faire passer le message, selon lequel le mineur n'est pas un partenaire sexuel envisageable. Le problème est que la preuve de la possession ou de la détention n'est pas toujours très simple à rapporter avec les nouvelles technologies. En effet, l'élément intentionnel peut parfois poser certaines difficultés. C'est pour cette raison que les juges font preuve de prudence en établissant une preuve circonstancielle. Pour faciliter celle-ci, les législateurs ont érigé en infraction le fait d'accéder ou de consulter habituellement du matériel sexuellement explicite de mineur. Dans ce cas, la preuve et le travail des enquêteurs sont simplifiés. Mais là encore, des injustices peuvent survenir. Enfin, dans un dernier et troisième temps, la pédopornographie virtuelle ou imaginaire est incriminée pour protéger l'image du mineur totalement créée par l'esprit d'une personne physique. Cette forme de pédopornographie a

suscité un certain débat sur sa raison d'être, puisque dans ce cas aucun préjudice réel n'est subit par le mineur. Toutefois, les législateurs canadiens et français l'ont condamné sur le fait que ces images imaginaires sont susceptibles de se confondre avec la réalité. L'apparence de minorité suffit à caractériser l'infraction. Par conséquent, les législations canadiennes et françaises sont très complètes, en protégeant les moins de dix-huit ans contre tout risque de préjudice, aussi bien au niveau des actes que des supports, même si la France ne prévoit pas, dans son article 227-23 du C.pén., les écrits et les enregistrements sonores. C'est pour cette raison que l'article 163.1 du C.crim. possède des dispositions plus protectrices en consacrant explicitement cette volonté d'absence de risque par l'expression « risque indu ». En effet, la société actuelle ne tolère pas le moindre risque de préjudice pour les mineurs, personnes jugées vulnérables.

La procédure criminelle a été numérisée et spécialisée. Les pouvoirs d'enquête ont ainsi été renforcés afin d'être plus efficace, mais certaines lacunes subsistent alors que le dépérissement des preuves est très rapide. Les spécificités du réseau Internet doivent être prises en compte, puisque le préjudice subi est plus important. Il est continu et mondial. En outre, ce média étant international, seule une vraie coopération entre tous les services de police et les prestataires de services Internet peut amener à une régulation efficace. Celle-ci s'entrevoit grâce à l'élément unificateur que représente la protection des mineurs. D'ailleurs, le droit criminel commence à s'internationaliser avec la *Convention sur la cybercriminalité*²⁰⁵⁶ qui dégage un ordre public international, voire une moralité internationale. C'est ainsi que, sur le fondement de cette protection des mineurs, les délinquants sexuels se retrouvent être la première menace dans nos sociétés qui ne tolèrent plus la présence de certains risques. Ils sont alors neutralisés et rejetés, en raison du risque de préjudice qu'ils représentent. En effet, le risque potentiel de récidive suffit à limiter leurs libertés individuelles en vue de protéger leurs futures victimes, en l'occurrence mineure. La justice devient ainsi préventive, voire de précaution. Elle enferme sur une probabilité de récidive des individus pour éviter de nouvelles victimes, devenues inacceptables pour la société. La science et la technique prennent ainsi une place primordiale dans nos systèmes juridiques qui se veulent neutres et objectifs. Mais, il n'en va pas de même, car les aspects moraux sont encore bien ancrés.

²⁰⁵⁶ *Convention sur la cybercriminalité*, préc., note 56.

La régulation du réseau Internet est fondée sur le « principe du multipartenariat ». Elle est donc l'affaire de tous. La société civile ou l'opinion publique se réapproprient le droit qui répond, par ailleurs, à leurs inquiétudes, à savoir de ne plus supporter les risques de préjudice. Le secteur privé se retrouve également très présent. D'ailleurs, l'État s'exonère partiellement de sa responsabilité en leur donnant la charge d'appliquer les principes directeurs et les valeurs dégagées par la loi pénale. Il a donc un rôle d'animateur²⁰⁵⁷ ou de guidage²⁰⁵⁸. Le droit criminel conserve un rôle symbolique très important puisqu'il sert désormais de morale à la société en perte de repères. En effet, l'État utilise le droit criminel et la protection des mineurs, comme moyen de censure et de contrôle des individus sur Internet. Cela permet ainsi la normalisation des comportements et une meilleure visibilité de l'État dans la régulation du réseau. Par conséquent, « [n]'ayant pas la capacité technique pour contrôler le cyberspace dans son ensemble, l'État a préféré se tourner vers la disciplinarisation de ses entités à savoir les utilisateurs de l'Internet. En contrôlant les individus, l'État assure du même coup l'autorité sur l'ensemble des réseaux »²⁰⁵⁹.

²⁰⁵⁷ T. GOBEIL, préc., note 112, p. 279.

²⁰⁵⁸ Y. CARTUYVELS, F. DIGNEFFE et D. KAMINSKI, préc., note 1953, p. 229.

²⁰⁵⁹ P. CORRIVEAU, préc., note 127, p. 49.

CONCLUSION

En traitant de l'impact du réseau Internet sur l'infraction de pédopornographie, nous avons clairement identifié le fait qu'il s'agissait d'une question d'actualité emprunt d'émotion et d'irrationalité. Le domaine de la sexualité combiné avec celui de la minorité a toujours suscité des réactions plus ou moins raisonnées de la part des divers acteurs. Notre étude a permis de démontrer que les nouvelles technologies de l'information ont eu des répercussions sur, d'une part, le discours relatif à la sexualité, et d'autre part, sur l'approche de la justice et du droit criminel; mais également, que les conceptions de tradition civiliste et de *common law* ne présentent plus de grandes différences. En effet, la première a tendance à se calquer sur la seconde de manière assez évidente. Le droit pénal français commence ainsi à se teinter des idéologies anglosaxones, comme la théorie de la défense sociale nouvelle, le délinquant dangereux, la tolérance zéro et la prévention situationnelle qui représentent principalement les préoccupations de la *common law*²⁰⁶⁰.

Notre travail a pu dégager, à partir de l'infraction de pédopornographie, deux volets relatif à la protection du mineur, l'un traditionnel et à connotation morale, l'atteinte à la dignité de la personne humaine, et un autre soi-disant plus neutre et objectif, la prévention, qui se transforme en précaution, contre le risque de préjudice. Des changements ont donc eu lieu. Dans un premier temps, la mise en discours de la sexualité dans le droit a toujours provoqué certaines difficultés, notamment sur le fait de savoir jusqu'où peut intervenir l'État dans cette sphère intime de la vie privée. Or, celle-ci s'est considérablement transformée avec les nouvelles technologies. Une certaine liberté, sexuelle en l'occurrence, s'est largement développée grâce aux différents moyens offerts par le réseau Internet qui donnent l'illusion de maîtriser la diffusion de ses renseignements et photographies personnels. À l'image de la révolution sexuelle, la révolution technologique se voit contrôlée après avoir connu un élan plus libertaire et d'autoréglementation. Un lien peut donc se faire entre la libéralisation sexuelle et la libéralisation de l'information. L'une

²⁰⁶⁰ Christina ZARAFONITOU, « Insécurité et extension du contrôle social : pénalisation des « incivilités » et du « désordres » », dans Théodore PAPATHÉODOROU et Philippe MARY (dir.), *Mutations des politiques criminelles en Europe*, Groupe européen de recherches sur la justice pénale, Groupe européen de recherches sur la justice pénale, Université du Péloponnèse, Coll. de la Faculté de politique sociale et éducative, Athènes, Éd. Papazissis, 2006, p. 61-89, aux pages 69-74.

allant visiblement avec l'autre. En effet, les internautes ont une réelle tendance à exposer de manière assez exhibitionniste leur vie privée sur Internet. Ils se dévoilent sexuellement ou adoptent des comportements sexuellement explicites sans vraiment tenir compte des différents interdits dégagés par le législateur. Autrement dit, des personnes majeures et mineures s'y côtoient en toute transparence, alors que la sexualité est régie, selon la loi, par le critère de l'âge. Chacun devant rester dans sa catégorie d'âge, avec quelques exceptions possibles. Or, les technologies mettent en place des relations à distance et anonymes qui peuvent clairement aller à l'encontre des lois criminelles en vigueur. C'est ainsi que le réseau Internet a favorisé la libéralisation sexuelle, aussi bien pour les adultes que les personnes de moins de dix-huit ans. En effet, les mineurs, en processus d'apprentissage par l'effet d'imitation, se retrouvent à se libérer sexuellement sur ce média, principalement à vocation publique. Les effets ne sont pas les mêmes puisqu'ils sont soumis à une sexualité contrôlée en raison de leur vulnérabilité. Ils ne peuvent, en aucune manière, représenter leurs ébats sexuels ou les diffuser, contrairement à des personnes majeures. Cette libéralisation de l'information et de la sexualité a ainsi permis d'instaurer une plus grande visibilité dans les différents comportements susceptibles d'être rencontrés sur Internet, puisque tout le monde se dévoile sans retenue. Par conséquent, en évoluant vers cette liberté sexuelle, les internautes, mineurs et majeurs, sont devenus plus transparents pour l'État qui peut ainsi plus facilement les contrôler et les surveiller²⁰⁶¹. Les technologies viennent, par ailleurs, aider dans ce but.

La question de la sexualité, et donc de la vie privée, associée à la protection des mineurs s'aborde différemment. Des élans de protectionnisme, de moralisme, voire de paternalisme, peuvent clairement s'entrevoir. C'est pour cette raison que la morale n'a jamais disparu du droit criminel, malgré une volonté législative de le rendre plus objectif et neutre. Il est devenu plus humaniste en s'intéressant principalement à la personne individuelle, dont sa dignité personnelle, et plus particulièrement à la dignité de la personne mineure. En effet, les mineurs représentent la catégorie de personnes vulnérables. Ce caractère leur confère une protection spécifique et importante au point qu'elle justifie les atteintes aux libertés individuelles, comme la liberté d'expression. La sécurité prime sur les libertés. C'est ainsi que la protection des mineurs caractérise la moralité publique en devenant le nouvel ordre

²⁰⁶¹ Voir : M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité 1 – La volonté de savoir*, préc., note 14.

moral sur Internet. Par conséquent, le législateur rationalise ces interventions dans le domaine de la vie privée, dont la sexualité, en se basant sur les risques susceptibles de survenir à l'encontre de la dignité de la personne humaine et la vulnérabilité des mineurs. Ces termes revêtent un caractère moral appuyé par l'emploi d'un vocabulaire clairement moral et emprunt parfois d'émotivité.

Dans un second temps, les législateurs canadiens et français ont renforcé la répression relative aux infractions sexuelles, dont l'infraction de pédopornographie. En effet, celles-ci sont devenues les pires formes d'atteintes à la personne, dont les mineurs, en modifiant ainsi la hiérarchie des valeurs d'antan, mais aussi en portant atteinte à certains principes fondamentaux du droit criminel²⁰⁶². La protection des mineurs constitue donc un moyen de censure et de contrôle des individus sur le réseau Internet. Autrement dit, elle sert de régulation. C'est ainsi que l'État a décidé de sanctionner tout matériel pédopornographique, réelle ou virtuelle, portant atteinte à la dignité de la personne mineure. Aucun risque de préjudice ne peut être toléré par la société. Tous les types de comportements, actifs ou passifs, susceptibles d'être rencontrés sont donc visés. En d'autres termes, toute personne ayant un lien direct ou non avec la pédopornographie est concernée par cette incrimination, afin de protéger les mineurs. L'objectif est de supprimer tous les risques de préjudice susceptibles d'être rencontrés sur Internet. Pour y arriver, les délinquants sexuels dangereux sont neutralisés puisqu'ils représentent un important risque de préjudice pour l'ensemble de la société, dont les mineurs, qui ne tolère pas qu'il puisse y avoir de nouvelles victimes. Une gestion du risque est donc effectuée dans un but préventif. Par conséquent, la politique criminelle a évolué vers une politique de la tolérance zéro, fondée principalement sur la dangerosité et le risque où certaines personnes, notamment récidivistes et dangereuses, vont en quelque sorte servir de boucs émissaires pour répondre à l'insécurité de l'opinion publique²⁰⁶³.

Ensuite, ils ont dû adapter leurs procédures criminelles qui se veulent désormais numérisées, internationalisées et spécialisées. Les problèmes d'identification, de poursuites et le

²⁰⁶² En effet, comme nous l'avons traité tout au long de notre étude, le principe de la légalité des lois et des peines, de la présomption d'innocence et de la responsabilité pénale sont des exemples d'atteintes importantes aux principes fondamentaux du droit criminel.

²⁰⁶³ J. DANET, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », préc., note 1741.

dépérissement rapide des preuves représentent certaines des conséquences de ces changements. Bien sûr, une coopération des divers acteurs d'Internet est nécessaire, ainsi que des autres pays. La régulation du réseau se fait sous la forme d'une nouvelle gouvernance qui implique tous les acteurs. Elle est participative. C'est ainsi que le secteur privé et la société civile se retrouvent à intervenir dans l'élaboration des normes applicables à Internet. D'ailleurs, la société civile ou l'opinion publique est de plus en plus présente dans la production du droit, dont le droit criminel, notamment lorsqu'il est question de pédopornographie ou d'infractions sexuelles connexes. Elle semble servir d'impulsion pour ce dernier, qui s'oriente vers une sorte de droit émotionnel. L'État conserve, toutefois, une place centrale dans la régulation d'Internet. En effet, les internautes, malgré l'autoréglementation, se tournent de plus en plus vers celui-ci et plus particulièrement vers le droit criminel, qui possède un rôle symbolique non négligeable. Celui-ci possède une valeur morale importante, puisqu'il permet d'instaurer la morale dégagée par la société, à savoir la protection des mineurs fondée sur le risque de préjudice. En réprimant les comportements sexuels pouvant causer un préjudice à un mineur, les législateurs souhaitent passer le message selon lequel les moins de dix-huit ans ne sont pas des partenaires sexuels potentiels. Cette implication de l'opinion publique dans l'élaboration des lois permet de légitimer l'intervention de l'État sur le réseau Internet qui se veut de plus en plus contrôlant et surveillant. Par conséquent, l'État retrouve une certaine visibilité dans la régulation d'Internet, aidé par la société actuelle qui préfère perdre de sa liberté au profit de la sécurité des mineurs justifiée par la panique morale engendrée par l'infraction de pédopornographie et ses infractions sexuelles connexes. Il veut donc instaurer une certaine moralité sur Internet en assurant le maintien de l'ordre et en créant un climat de confiance, afin que ce média puisse correctement se développer sans qu'il devienne un simple lieu criminogène. Il retrouve, en outre, une certaine souveraineté sur son territoire national qui s'est vu restreinte avec l'arrivée du réseau Internet.

Les nouvelles technologies ont entraîné des changements significatifs au niveau de la société et du droit. Ne pas les reconnaître serait faire abstraction d'une partie importante de l'évolution actuelle. Chacun s'est adapté à ces nouvelles tendances avec plus ou moins de facilités comme, les criminels qui ont su utiliser à leur profit le réseau Internet pour commettre leurs méfaits. Il est donc clair qu'Internet a créé ou développé des comportements inhabituels qui ont donné lieu à la création de nouvelles infractions, mais

surtout il vient modifier certains droits et libertés fondamentales, comme la liberté d'expression et le droit à la vie privée. En effet, les principes si chers à la démocratie semblent prendre moins de place face à une sécurité renforcée. C'est pour cette raison qu'il sera intéressant de voir comment le législateur et les tribunaux aborderont ces différentes transformations.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

CANADA

Textes fédéraux

Lois

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11, R.-U.]

Code criminel, L.R.C. (1985), c. C-46, mod. par L.R.C. (1985), c.2 (1^{er} supp.)

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, c. 44

Loi constitutionnelle de 1867 (R.-U.), 30 et 31 Vict., c. 3; L.R.C. 1985, app. II n°V

Loi sur le système de justice pénale pour les adolescents, et modifiant et abrogeant certaines lois en conséquence, L.C. 2002, c. 1

Loi de 2001 modifiant le droit criminel, L.C. 2002, c. 13

Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, L.C. 2005, c. 32

Loi sur la lutte contre les crimes violents, L.C. 2008, c. 6

Loi sur l'enregistrement de renseignements sur les délinquants sexuels, L.C. 2004, c. 10

Projets de loi

Loi modifiant le Code Criminel, (vol d'identité et inconduites connexes), projet de loi n° C-27 (2^e lecture et renvoi à un comité – 30 janvier 2008), 2^e sess., 39^{ème} légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (vol d'identité), projet de loi n° 362 (dépôt et 1^{ère} lecture – 21 avril 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (vol d'identité et inconduites connexes), projet de loi n° S-4 (débat en 3^e lecture – 11 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel, la Loi sur la concurrence et la Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle (Loi sur les pouvoirs d'enquêtes au 21^e siècle), projet de loi n° C-46 (dépôt et 1^{ère} lecture – 18 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (prédateurs sexuels d'enfants), projet de loi n° C-246 (dépôt et 1^{ère} lecture – 3 décembre 2008), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (peine minimale pour les infractions de traite de personnes âgées de moins de dix-huit ans), projet de loi n° C-268 (2^e lecture et renvoi à un comité – 22 avril 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (moyens de communication liés à une infraction de leurre), projet de loi n° C-293 (dépôt et 1^{ère} lecture – 5 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (leurre d'un enfant à l'étranger), projet de loi n° C-294 (dépôt et 1^{ère} lecture – 5 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (ajout à l'ordonnance d'interdiction), projet de loi n° C-376 (dépôt et 1^{ère} lecture – 30 avril 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant le Code criminel (défaut d'empêcher l'accès à de la pornographie juvénile), projet de loi n° C-404 (dépôt et 1^{ère} lecture – 3 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi modifiant la Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition et le Code criminel (Loi sur le renforcement du système correctionnel fédéral), projet de loi n° C-43 (dépôt et 1^{ère} lecture – 16 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi visant à interdire l'utilisation d'Internet pour la diffusion de documents pornographiques impliquant des enfants, projet de loi n° C-209 (dépôt et 1^{ère} lecture – 21 novembre 2008), 1^{ère} sess., 40^e légis. (Can.)

Loi régissant les installations de télécommunication aux fins de soutien aux enquêtes (Loi sur l'assistance au contrôle d'application des lois du 21^e siècle), projet de loi n° C-47 (dépôt et 1^{ère} lecture – 18 juin 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Loi régissant les installations de télécommunication en vue de faciliter l'interception licite de l'information qu'elles servent à transmettre et concernant la fourniture de renseignements sur les abonnés de services de télécommunication (relatif à la modernisation des techniques d'enquête), projet de loi n° C-285 (dépôt et 1^{ère} lecture – 4 février 2009), 2^e sess., 40^e légis. (Can.)

Projet de Loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, 13 oct. 2004.

Projet de Loi C-12, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, 52-53 Élisabeth II, 2004.

Projet de Loi C-20, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada, déc. 2002.

Projet de loi C-74 sur la modernisation des techniques d'enquête, 1^{ère} session, 38^e législature, 53-54 Élisabeth II, Chambre des Communes du Canada, 2004-2005.

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., c. C-12

Code civil du Québec, L.Q. 1991, c. 64

Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information, L.R.Q., c. C-1.1

Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., c. P-34.1

Loi sur la protection de la santé publique, L.R.Q., c. P-35

FRANCE

Textes constitutionnels

Constitution du 4 octobre 1958, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm>>

Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>>

Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946.5077.html>>

Textes législatifs

Code civil, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20091003>>

Code de procédure pénale, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20091003>>

Code pénal, 106^e éd., Paris, Dalloz, 2009, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20091003>>

Loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/RechercheSimpleLegi>>.

Loi n°49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, J.O. 19 juil. 1949, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite Foyer relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. du 7 janv. 1978, p. 227, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, mod. par la *Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique*, J.O. 22 juin 2004, n° 143.

Loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications, J.O. 13 juil. 1991, n°162, p. 9167, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, J.O. 16 nov. 2001, n°266 ; en ligne : Légifrance <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

Loi n°2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure, J.O. 10 mars 2004, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 sur l'autorité parentale, J.O. 5 mars 2002, n°3, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°2002-1041 du 6 août 2002 autorisant la ratification du protocole additionnel à la convention des Nations unies contre la criminalité transnationale organisée visant à prévenir, réprimer et punir la traite des personnes, en particulier des femmes et des enfants, J.O. 7 août 2002.

Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, J.O. n°66 du 19 mars 2003, p. 4761, texte n° 1 ; J.O. n°129 du 5 juin 2003, p. 9561, texte n° 2 (rectificatif), en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, J.O. 10 mars 2004, n°59.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. 22 juin 2004, n° 143.

Loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, J.O. 13 déc. 2005, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement (1), J.O. 2 mars 2005, n°51, p. 3697, texte n°2, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°2005-493 du 19 mai 2005 autorisant l'approbation de la convention sur la cybercriminalité et du protocole additionnel à cette convention relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, J.O. du 20 mai 2005.

Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, J.O. 5 avril 2006, n°81.

Loi n°2007-293 du 5 mars 2007 réformant la protection de l'enfance, J.O. 6 mars 2007, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, J.O. 7 mars 2007, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, J.O. 7 mars 2007, n°12, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, J.O. 11 août 2007, n°185, p. 13466, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, J.O. 26 fév. 2008, n°0048, p. 3266, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>.

Arrêtés, décrets et autres textes

Arrêté du 22 octobre 2007 pris en application de l'article R. 213-2 du code de procédure pénale fixant la tarification applicable aux réquisitions ayant pour objet les interceptions de communications électroniques, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007. p. 17486.

Arrêté du 22 octobre 2007 pris en application de l'article D. 98-7 du code des postes et des communications électroniques fixant la tarification applicable aux demandes ayant pour objet les interceptions de communications électroniques, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17514.

Décret n°2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communication électroniques, J.O. 26 mars 2006, n°73, p. 4609, texte n° 9.

Décret n° 2007-1620 du 15 novembre 2007 modifiant le code de procédure pénale (troisième partie : Décrets) et relatif à l'utilisation des nouvelles technologies, J.O. 17 nov. 2007, n° 267, p. 18865.

Décret n° 2007-1520 du 22 octobre 2007 portant modification du code de procédure pénale et relatif à la tarification des interceptions judiciaires, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17485.

Décret n° 2007-1519 du 22 octobre 2007 portant modification du code des postes et des communications électroniques et relatif à la tarification des interceptions de communications électroniques, J.O. n° 248 du 25 oct. 2007, p. 17485.

Décret n°87-249 du 8 avril 1987, relatif au fichier automatisé des empreintes digitales géré par le ministère de l'intérieure, J.O. 9 avril 1987, p. 4046.

Décret-loi du 29 juillet 1939 relatif à la diffusion des écrits subversifs anonymes, J.O. 3 août 1939.

Ordonnance n°45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, en ligne : <http://www.legifrance.gouv.fr/texteconsolide/PJFAP.htm>.

Propositions et projets de loi

Projet de loi n°1697 d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure, Assemblée Nationale, 13ème législature, 27 mai 2009, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/lopsi_performance.asp.

Projet de loi autorisant la ratification de la convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, Assemblée Nationale, n°1521, 13ème législature, 18 mars 2009, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/protection_enfants_abus_sexuels.asp

Projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, Assemblée Nationale, n°1237, 13ème législature, 5 novembre 2008, procédure accélérée par le gouvernement le 22 octobre 2009, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/recidive_criminelle.asp

Proposition de loi relative à la pénalisation de l'usurpation d'identité numérique, Jacqueline PANIS, n° 86, session ordinaire de 2008-2009, Annexe au procès-verbal de la séance du 6 nov. 2008, en ligne : <http://www.senat.fr/leg/ppl08-086.html>

Proposition de loi tendant à compléter la Constitution française en son Préambule et en son article 1^{er}, alinéa 2, en insérant le respect de la « dignité humaine », Assemblée Nationale, n°1771, 13^{ème} législature, 19 juin 2009, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1771.asp>

Proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes, Assemblée Nationale, n°1538, 13^{ème} législature, 18 mars 2009, procédure accélérée par le gouvernement le 1^{er} avril 2009, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1538.asp>

Proposition de loi relative à la castration chimique des criminels sexuels, Assemblée Nationale, n°203, 13^{ème} législature, 27 septembre 2007, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/castration_chimique_criminels_sexuels.asp

EUROPE

Conventions européennes et charte

Acte du Conseil du 26 juillet 1995 portant établissement de la convention sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne portant création d'un Office européen de

police (Convention Europol) (95/C 316/01), J.O.C.E. n°C 316 du 27/11/1995, p. 1-1, en ligne : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F1127\(01\):FR:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995F1127(01):FR:HTML)>

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, J.O.C.E. n°C 364 du 18.12.2000, p. 1-22, 7 déc. 2000, Nice, en ligne : http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf>.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 4 nov. 1950, S.T.E. n°5, (1955) 213 R.T.N.U. 221, en ligne : <http://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20213/volume-213-I-2889-French.pdf>>

Convention européenne du 15 mars 1989 sur la télévision transfrontière, 5.V.1989, Strasbourg, S.T.E. n°132, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/132.htm>>

Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, 16.V. 2005, Varsovie, S.T.C.E. n°197, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Treaties/Html/197.htm>>

Convention sur la cybercriminalité, 23.XI.2001, Budapest, S.T.E. n°185, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm>>

Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 25.X.2007, Lanzarote, S.T.C.E. n°201, en ligne : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/treaties/Html/201.htm>>

Décisions, décisions-cadre et directives du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne

Décision n°276/1999/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 janvier 1999 adoptant un plan d'action communautaire pluriannuel visant à promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet par la lutte contre les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur les réseaux mondiaux, J.O.C.E. n°L 33 du 06/02/1999, p. 1-11, en ligne : http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/archived/docs/pdf/programmes/decision/IAP_Decision_fr.pdf>

Décision-cadre n°2002/584/JAI du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres, J.O.C.E. n°L 190 du 18/07/2002, p. 1-18, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:190:0001:0018:FR:PDF>>

Directive n°2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »), J.O.C.E. n°L 108 du 24/04/2002, p. 33-50, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:108:0033:0050:FR:PDF>>

Décision n°2000/375/JAI du Conseil du 29 mai 2000 relative à la lutte contre la pédopornographie sur l'Internet, J.O.C.E. n°L 138 du 09/06/2000, p. 1-4, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:138:0001:0004:FR:PDF>>

Décision n°2002/187/JAI du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité, J.O.C.E. n°L 063 du 06/03/2002, p. 1-13, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:063:0001:0013:FR:PDF>>

Décision-cadre n°2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003 relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, J.O.C.E. n°L 13 du 20/01/2004, p. 44-48, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:013:0044:0048:FR:PDF>>

Directive n°2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communication, et modifiant la directive 2002/58/CE, J.O.C.E. n°L 105 du 13/04/2006, p. 54-63, en ligne : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:105:0054:0063:FR:PDF>>

Recommandations du Comité des Ministres

Recommandation Rec(91)11 du Comité des Ministres aux États membres sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, 9 sept. 1991, en ligne : <https://wcd.coe.int/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=572410&SecMode=1&DocId=597946&Usage=2>>

Recommandation Rec (2000)11 du Comité des Ministres aux États membres sur la lutte contre la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle, 19 mai 2000, en ligne : [http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec\(2000\)11_F.pdf](http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec(2000)11_F.pdf)>

Recommandation Rec(2001)8 du Comité des Ministres aux États membres sur l'autorégulation des cyber-contenus (l'autorégulation et la protection des utilisateurs contre les contenus illicites ou préjudiciables diffusés sur les nouveaux services de communications et d'information), 5 sept. 2001, en ligne : <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=220791&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383>>

Recommandation Rec (2001)16 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, 31 oct. 2001, en ligne : [http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec\(2001\)16_F.pdf](http://www.coe.int/t/dg2/trafficking/campaign/Source/PDF_Rec(2001)16_F.pdf)>

Autres documents

Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information, Commission européenne, 16 oct. 1996, COM (96) 483 FINAL (non publié au Journal Officiel) dont une synthèse est disponible en ligne : <http://europa.eu/legislation_summaries/audiovisual_and_media/l24030_fr.htm>

Recommandation n°98/560/CE du Conseil du 24 septembre 1998 concernant le développement de la compétitivité de l'industrie européenne des services audiovisuels et d'information par la promotion de cadres nationaux visant à assurer un niveau comparable et efficace de la protection des mineurs et de la dignité humaine, J.O.C.E. n°L 270 du 07/10/1998, p. 48-55, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1998:270:0048:0055:FR:PDF>>

Résolution n°A4-0098/97 du Parlement européen du 24 avril 1997 sur la communication de la Commission relative au contenu illégal et préjudiciable sur Internet COM (96)0487-C4-0592/96, J.O.C.E. n°C 150 du 19/05/1997, p. 38, en ligne : <<http://eur-lex.europa.eu/Notice.do?val=318971:cs&lang=fr&list=318219:cs,318971:cs,313905:cs,&pos=2&page=1&nbl=3&pgs=10&hwords=contenu illégal~commission~&checktexte=checkbox&visu=#texte>>

Résolution 1307 (2002) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 27 septembre 2002 sur l'Exploitation sexuelle des enfants : tolérance zéro, en ligne : <<http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=http%3A%2F%2Fassembly.coe.int%2FDocuments%2FAdoptedText%2Fta02%2FFRES1307.htm>>

INTERNATIONAL

Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, en ligne : <<http://www.un.org/french/aboutun/charte/txt.html>>

Convention Internationale relative aux droits de l'enfant adoptée à New York, 20 nov. 1989, in LES CODES LA CHARTE L.3 Droit pénal, éd. la charte, 1999-2000

Convention internationale des Nations unies pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, 2 sept. 1949, Haut-Commissariat aux droits de l'homme, en ligne : <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/33_fr.htm>

Convention sur les pires formes du travail des enfants, 17 juin 1999, en ligne : <<http://www.droitsenfant.com/convtravail.htm>>

Convention concernant l'interdiction des pires formes de travail des enfants et l'action immédiate en vue de leur élimination, 17 juin 1999, Organisation Internationale du Travail, Genève, en ligne : <<http://www.oit.org/ilolex/cgi-lex/convdf.pl?C182>>

Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 déc. 1948, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810 (1948).

Protocole facultatif à la Convention internationale aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, 26 juin 2000, en ligne : <<http://www.ohchr.org/french/law/crc-sale.htm>>

Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'utilisation d'enfants dans les conflits armés, 25 mai 2000, résolution A/RES/54/263, en ligne : <<http://www.droitsenfant.com/protocolearme.htm>>

JURISPRUDENCE

CANADA

Jurisprudence fédérale

Aubry c. Éditions Vice-versa, [1998] 1 R.C.S. 591

B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 R.C.S. 315, 1995 CanLII 115

Beaver c. La Reine, [1957] R.C.S. 531, 1957 CanLII 14

Cooper c. La Reine, [1980] 1 R.C.S. 1149, 51 C.C.C. (2d) 129, 18 C.R. (3d) 138

Corbière c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203, 1999 CanLII 687

Dechow c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 951, 1977 CanLII 31, 35 C.C.C. (2^es) 22; 76 D.L.R. (3^e s) 1

Eaton c. Conseil scolaire du comté de Brant, [1997] 1 R.C.S. 241, 1977 CanLII 366

Germain c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 241, 1985 IIJCan 54

Godbout c. Longueil (Ville), [1997] 3 R.C.S. 844, 1997 CanLII 335

Hill c. Église de scientologie de Toronto, [1995] 2 R.C.S. 1130, 1995 CanLII 59

Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145, 1984 CanLII 33

Kjeldsen c. La Reine, [1981] 2 R.C.S. 617, 1981 CanLII 218, 64 C.C.C. (2d) 161, 28 C.R. (3d) 81

Kirzner c. La Reine, [1978] 2 R.C.S. 487, 1977 CanLII 38

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497, 1999 CanLII 675

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice), [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69

Lovelace c. Ontario, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37

M. c. H., [1999] 2 R.C.S. 3, 1999 CanLII 686

Ontario c. Canadien Pacifique Ltée, [1995] 2 R.C.S. 1028, 1995 CanLII 111

- R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, 1991 CanLII 84
- R. c. Barnier*, [1980] 1 R.C.S. 1124, 1980 CanLII 184, 51 C.C.C. (2d) 193, 13 C.R. (3d) 129.
- R. c. Beaver*, [1957] R.C.S. 531.
- R. c. Brown*, [1999] 3 R.C.S. 660, 1999 CanLII 670, 1999 CanLII 670
- R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; 1992 IIJCan 124
- R. c. Campbell*, [1999] 1 R.C.S. 565, 1999 CanLII 676
- R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, 1987 CanLII 84
- R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, 1988 CanLII 80 (C.S.C.)
- R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, 1990 CanLII 150
- R. c. Evans*, [1996] 1 R.C.S. 8, 1996 CanLII 248
- R. c. Ewanchuk*, [1999] 1 R.C.S. 330, 1999 CanLII 711, 22 C.R. (5th) 1, 131 C.C.C. (3d) 481
- R. c. Hess*, *R. c. Nguyen*, [1990] 2 R.C.S. 906, 1990 CanLII 89
- R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, 1994 CanLII 34
- R. c. Hinchey*, [1996] 3 R.C.S. 1128, 1996 CanLII 157
- R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714
- R. c. Johnson*, [2003] 2 R.C.S. 357, 2003 CSC 46, J.E. 2003-1825
- R. c. Jorgensen*, [1995] 4 R.C.S. 55, 1995 IIJCan 85
- R. c. Kouri*, [2005] 3 R.C.S. 789, 2005 CSC 81
- R. c. Labaye*, [2005] 3 R.C.S. 728, 2005 CSC 80
- R. c. Landry*, [1991] 1 R.C.S. 99, 1991 CanLII 114, 62 C.C.C. (3d) 117, 2 C.R. (4th) 268
- R. c. L.M.*, [2008] 2 R.C.S. 163, 2008 CSC 31
- R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, 1987 CanLII 25, 37 C.C.C. (3d) 1, 61 C.R. (3d) 1
- R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, 1988 CanLII 24
- R. c. Malmo-Levine*; *R. c. Caine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74

- R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630, 1997 IIJCan 363
- R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, 1990 CanLII 137
- R. c. McLaughlin*, [1980] 2 R.C.S. 331, 1980 CanLII 212
- R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, 1992 CanLII 53
- R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, 1988 CanLII 90
- R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 1986 CanLII 46
- R. c. Pearson*, [1998] 3 R.C.S. 620, 1998 CanLII 776
- R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, 1993 IIJCan 70
- R. c. S.A.B.*, [2003] 2 R.C.S. 678, 2003 CSC 60
- R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2
- R. c. Stillman*, [1997] 1 R.C.S. 607; 1997 CanLII 384
- R. c. Terrence*, [1983] 1 R.C.S. 357, 1983 CanLII 51
- R. c. Tessling*, [2004] 3 R.C.S. 432, 2004 CSC 67
- R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, 1993 CanLII 115
- R. c. Z. (D.A.)*, [1992] 2 R.C.S. 1025, 1992 CanLII 28, 16 C.R. (4th) 133, 76 C.C.C. (3d) 97
- Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, 1985 CanLII 81
- Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, 1993 CanLII 75
- Schwartz c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 673, 1976 CanLII 165
- Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, 1985 IIJCan 75
- Winko c. Colombie-Britannique (Forensic Psychiatric Institute)*, [1999] 2 R.C.S. 625, 1999 CanLII 694

Jurisprudence provinciale

Alberta

- R. v. Legare*, 2006 ABQB 248 (CanLII)

R. v. Legare, 2008 ABCA 138 (CanLII)

R. v. Weir, 1998 ABQB 56, [1998] A.J. No. 155 (Alta. Ct of Q.B.)

R. v. Weir, 2001 ABCQ 181; 156 C.C.C. (3d) 188

Colombie Britannique

R. v. Hurtubise, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); 1997 CanLII 1838 (BC C.S.)

R. v. Goodwin, (2002) 173 B.C.A.C. 35, (2003) 168 C.C.C. (3d) 14, [2002] B.C.J. n°2116 (QL) (C.A.C.-B.)

Manitoba

R. v. Lowes, [1997] M.J. No. 549 (Man. Prov. Ct)

R. v. Sawchuk, (1991) 66 C.C.C. (3d) 255 (C.A. Man.); [1991] 3 R.C.S. xi

Nouveau-Brunswick

R. v. Hastings, (1947) 90 C.C.C. 150 (N.B.S.C. App. Div.)

Ontario

R. v. Bauer, [2002] O.J. No. 1135 (Ont. Sup. Ct of J.)

R. v. Cohen, [2001] O.J. No. 1606 (C.A. Ont.); 2001 CanLII 3862

R. v. Evans, [1999] O.J. No 1831. (Ont. Ct of J.) Q.L.

R. v. Evans, [2005] O.J. No 5637. (Ont. Ct of J.) Q.L.

R. v. Lisk, [1997] O.J. No. 6150.

R. v. M. (C.), (1995) 23 O.R. (3d) 629, 27 W.C.B. (2d) 337, 98 C.C.C. (3d) 481 (C.A.)

R. v. Metro News Ltd., (1986) 53 C.R. (3d) 289, 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.); 1986 CanLII 148 (ON C.A.)

R. v. Ormerod, [1969] 2 O.R. 230.

R. v. Pecciarich, [1995] O.J. No. 2238 (Ont. Ct of J. Prov. Div.).

R. v. Smith, 2005 CanLII 23805; (2005) 31 C.R. (6th) 14; 198 C.C.C. (3d) 499 (C.A. Ont.).

Québec

Banque de Montréal c. Ravi Jaipuria et une autre, [1981] C.S. 321

Blondin c. La Reine, 2000 CanLII 5989 (QC C.A.), J.E. 2000-2229 (QC C.A.)

R. c. Boyer, [2003] J.Q. n°19117 (QL), J.E. 2004-647 (C.Q.)

Commission des droits de la personne c. Centre d'accueil Villa Plaisance, (1996) R.J.Q. 511 (T.D.P.Q.)

Dans la situation d'A.K.-M., J.E. 2004-285 (C.Q.)

Desormeaux c. Directeur de l'Institut Laval, [1986] R.J.Q. 2406 (C.S.)

Dubois c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal, (1983) C.A. 247, AZ-84021290

Fenech c. Groupe Quebecor Inc., (1999) R.R.A. 182; J.E. 99-455

Fortin c. La Reine, 2008 QCCA 81

Hervieux-Payette c. Société St-Jean-Baptiste de Montréal, (1998) R.J.Q. 131 (C.S.) (en appel) ; *Société St-Jean-Baptiste de Montréal c. Hervieux-Payette*, [2002] R.J.Q. 1669

Immeubles Le Particulier Inc. c. Gourdeau, [1996] J.L. 141 (R.D.L.)

K.-M. A., Re, 2003 IIJCan 8784 (QC C.Q.)

K.-M. R., Re, 2003 IIJCan 10003 (QC C.Q.)

La Reine c. S.L., 2005 CanLII 23956 (QC C.Q.); 2005 AZ-50322382 (C.Q.)

Lévesque c. La Reine, [2004] J.Q. no 10275; J.E. 2004-1948 (QC C.A.)

Protection de la jeunesse — 1160, J.E. 2000-1891 (C.Q.)

R. c. Beaulieu, 2007 QCCQ 10487 (IIJCan)

R. c. Blondin, J.E. 98-868 (C.Q.); AZ-98031152

R. c. Blondin, J.E. 98-1183 (C.Q.)

R. c. Boyer, [2003] J.Q. n°19117 (QL), J.E. 2004-647 (C.Q.)

R. c. Chassé, 2002 IIJCan 23659 (QC C.Q.); J.E. 2002-1491

R. c. D. B., 2004 IIJCan 32199 (QC C.Q.)

R. c. D.B., 2005 QCCA 8

- R. c. D. O.*, 2005 IIJCan 17595; J.E. 2005-1213 (QC C.Q.)
- R. c. Dabaté*, [1997] R.J.Q. 247; J.E. 97-218 (C.Q.)
- R. c. Daigle*, [1986] R.J.Q. 1599 (C.S.P.)
- R. c. Doucet*, [2000] R.J.Q. 313 (C.Q.), J.E. 2000-26
- R. c. É. T.*, 2004 IIJCan 17986 (QC C.Q.)
- R. c. É. T.*, 2004 IIJCan 13517 (QC C.Q.)
- R. c. Fontaine*, 2003 IIJCan 31666 (QC C.Q.)
- R. c. Garneau*, 2006 QCCQ 12581 (CanLII)
- R. c. Gauthier*, [1999] R.J.Q. 2103; J.E. 99-1521 (C.Q.)
- R. c. Hamelin*, (1991) 39 Q.A.C. 68
- R. c. J.G.*, 2005 IIJCan 35795; AZ-50335315 (QC C.Q.)
- R. c. J.L.*, [1998] A.Q. no 755
- R. c. Léon*, [1992] R.L. 478, 1992 CanLII 3818 (QC C.A.)
- R. c. Lévesque*, 2002 CanLII 41137 (QC C.A.); J.E. 2002-1224
- R. c. Lévesque*, 2001 CanLII 203 (QC C.S.); J.E. 2002-217
- R. c. Lévesque*, 2004 IIJCan 32988 (QC C.A.)
- R. c. L. M.*, 2004 CanLII 45038 (QC C.Q.); AZ-50281593
- R. c. L.M.*, 2005 IIJCan 24988(QC C.Q.); J.E. 2005-1407
- R. c. Lucas*, 2002 CanLII 7726 (QC C.Q.); B.E. 2002BE-653; AZ-50137416 (C.Q.)
- R. c. Martin*, 2005 CanLII 35273 (QC C.Q.); 2005 AZ-50334574; J.E. 2005-2123
- R. c. M.B.*, [2000] J.Q. n°4729 (QC C.A.)
- R. c. M.L.*, [2005] R.J.Q. 3111; J.E. 2005-2178
- R. c. M.P.*, 2005 QCCA 7; J.E. 2005-217
- R. c. M. P.*, 2004 IIJCan 32198 (QC C.Q.)
- R. c. Nafekh*, 2006 QCCQ 23377

R. c. Roy, [1995] R.J.Q. 282 (C.Q.); [1998] R.J.Q. 1043 (C.A.), 1998 CanLII 12775

R. c. Roy, 2007 QCCQ 857

R. c. R. R., 2004 IIJCan 28563; J.E. 2004-1030 (QC C.Q.)

R. c. Solomon, [1992] R.J.Q. 2631 (C.M. Montréal), J.E. 92-1573

R. c. Tardif, J.E. 99-291 (C.Q.)

R. c. Therrien, 2008 QCCQ 9175; J.E. 2008-2085; AZ-50517586 (C.Q.)

R. c. Gilles Tremblay, 2001 IIJCan 10360 (QC C.Q.); J.E. 2001-1459; [2003] C.S.C.R. n°233

R. c. Tremblay, 2003 IIJCan 11830 (QC C.Q.)

R. c. Tremblay, 2004 IIJCan 48295; J.E. 2005-399 (QC C.Q.)

R. c. Vincent Tremblay, 2003 IIJCan 30621 (QC C.Q.)

R. c. Wadsworth, 2000 CanLII 5808 (QC C.Q.); J.E. 2001-130 (C.Q.)

Société Radio-Canada c. Radio Sept-îles Inc., (1994) R.J.Q. 1811 (C.A.), 1994 CanLII 5883

Union des artistes c. Société Radio-Canada, [1980] C.S. 1009, J.E. 80-977

Williams c. La Reine, 1997 CanLII 10632 (QC C.A.); J.E. 97-1230

X, Re, 2003 CanLII 10003 (QC C.Q.)

Terre-Neuve et Labrador

R. v. Daniels, [1997] N.J. No. 242 (Nfdl.Sup.Ct.)Q.L.

FRANCE

CA Aix-en-provence, 20 janv. 1965, D.1965.417; J.C.P. 1965.II.14143; *Gaz.Pal.* 1965.1.208

CA Aix-en-provence, 30 nov. 2005, Juris-Data n°902/J/2005, en ligne :
<<http://www.lexisnexis.com>>

CA Besançon, 9 mai 1972, *Gaz.Pal.* 1972.2.558

CA Besançon, 29 janv. 1976.J.C.P.1977.II.18640, note Delpech

CA Bordeaux, 18 juin 1974, *Gaz.Pal.* 1975.1.26

CA Besançon, 2 juin 1992, Juris-Data n°1992-044888

CA Caen, 8 sept. 1999, *Monsieur S. c. Le Ministère public*, J.C.P.2000, p.1902, obs. Bertrand-Doulat, en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/index.htm>>

CA Douai, 28 sept. 1989, D.1991. Somm.65, obs. Azibert

CA Douai, 21 mars 2002, J.C.P. 2003.IV.1040

CA Douai, 26 sept. 2002, Juris-Data n°02/00787, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com/fr/droit/search/casessubmitForm.do>>

CA Douai, ch. corr., 30 juin 2006, Juris-Data n°2006-316844, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Douai, 22 nov. 2006, Juris-Data n°2006-325146

CA Douai, 2 mai 2007, Juris-Data n°06/03680

CA Lyon, 4ème ch., 01 avril 2004, *Ministère public c. Jean Luc B.*, ligne sur : <<http://www.legalis.net>>

CA Montpellier, 10 fév. 2004, Juris-Data n°02/01718, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Montpellier, 26 oct. 2004, Juris-Data n°04/00818, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Paris, 13 juil.1908, DP 1908.II.275

CA Paris, 7 janv. 1958, D.1958.453

CA Paris, 12 mars 1958, D. 1958.J.608

CA Paris, 11^e ch., 10 juin 1977, J.C.P. 1979, II, 19044; *Gaz.Pal.* 26 mars 1978 N 85

CA Paris, 12 fév. 1991, Juris-Data n°6279/90

CA Paris (1^{er} ch.B.), 31 oct. 1991, D. 1992.IR.9

CA Paris, 12 nov. 1992, Juris-Data n°023701

CA Paris, 14 déc. 1994, *Dr. Pénal* 1995.90 (1^{re} esp.), obs. Véron

CA Paris, 28 mai 1996, D.1996, p.617, obs. B. Edelman

C.A. Paris, 11 mai 2000, Juris-Data n°2000/08537

CA Paris, 6 fév. 2001, Juris-Data n°00/02079; en ligne : <<http://www.legalis.net>>

CA Paris, 2 avril 2002, *E. c. Ministère Public*, D.2002.J.23; Juris-Data n°01/03637

CA Paris, 17 juin 2004, *Gaz.Pal.* 23 décembre 2004

CA Paris, 28 mai 2004, Juris-Data n°04/00045, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Paris, 24 mars 2005, *A.J. pénal* 2006.39, obs. J. Segura, p.39-40

CA Paris, 30 mars 2005, Juris-Data n°04/04706, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Paris, 14 juin 2006, Juris-Data n°05/08874, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Paris, 21 nov. 2006, n°06/01785, en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/index.htm>>

CA Paris, 8 nov. 2006, Juris-Data n°06/03110, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>

CA Paris, 13 fév. 2007, *M. Jean-Luc c. Ministère Public*, Juris-Data n°06/04207

CA Paris, 24 avril 2007, Juris-Data n°2007-341490; *Com.comm.électr.* 2007, comm. 158

CA Pau, ch.corr., 17 mars 2005, *PP c. Min.public*, n°04/00683, Juris-Data n°273677; RLDI 2005/11, n°299, p. 38

CA Riom, 16 nov. 1937, *DH* 1938.109; *Rev. Sc. Crim.* 1938.301, obs. Hugueney

CA Versailles, 26 oct. 1990, D.1993. Somm.125, obs. Lucet

CA Versailles, 8 mars 2006, *Marie-Paule X. c. Éducation nationale*, *Com.comm électr.* fév. 2007, n°2, comm.30, A. Lepage

C.cass., ch.civ.2, 28 janv. 1954, Bull. civ., n°32, p. 20; n°54-07081; en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.civ., 9 mai 1972, *Bull.civ.* I, n°122; R.1971-1972, p. 13

C.cass.civ., 13 fév. 1985, n°63 J.C.P.1985.II.20467, note Lindon

C.cass, ass.plén., 31 mai 1991, les mères porteuses, *Bull.*, n°4; D.1991.J.417

C.cass.civ., 19 fév. 1997, Juris-Data n°93-14646, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.civ., 12 nov. 1998, (juil. 1999) *Les Petites Affiches* n°146, p. 20-21

C.cass, 1^{ère} civ., 20 déc. 2000, J.C.P. G 2001.II.10488, concl. J. Sainte-Rose et note J. Ravanans

- C.cass., 1^{ère} ch., 7 nov. 2000, n°98-17731, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>
- C.cass.civ, 20 fév. 2001, *Bull.civ.*, n°42
- C.cass., 2 civ., 4 nov. 2004, Juris-Data n°2004-025441, *Comm.com.électr.* fév. 2005, n°2, comm. 33, A. Lepage
- C.cass.crim., 13 juin 1884, *Paoli*, *S.* 1886.1.239, note Villey
- C.cass.crim., 27 oct. 1932, *Bull.crim.*, n°220
- C.cass.crim., 30 mars 1944, *Luze et Devaux*, *D.* 1945.246, note H. Desbois
- C.cass.crim., 30 avril 1954, *Bull.crim.*, n°148
- C.cass.crim., 21 janv. 1965, *Olive*, *Bull.crim.*, n° 22
- C.cass.crim., 5 oct. 1967, *Le Guern*, *Bull.crim.*, n° 242
- C.cass.crim., 22 déc. 1965, *D.* 1966.J.144
- C.cass.crim., 1er juin 1965, *Bull.crim.*, n°148, Juris-Data n°64-90.692, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>
- C.cass.crim., 27 juin 1973, *Bull.crim.*, n°305
- C.cass.crim, 5 fév. 1974, *Gaz.Pal.* 1974.2 somm.206
- C.cass.civ, 21 juin 1977, Juris-Data n°1977-000285, en ligne : <<http://www.lexisnexus.com>>
- C.cass.crim, 30 oct. 1978, *Bull.crim.*, n°291
- C.cass.crim, 2 juil. 1984, *J.C.P.G.*1989.I.3422, note Maistre du Chambon
- C.cass., ass. plénière, 9 mai 1984, 3 arrêts, n°80-93031; n°80-93481; n°79-16612, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>
- C.cass.crim., 11 juin 1992, *Bull.crim.*, n°228; *RCS* 1993.781, obs. Levasseur
- C.cass.crim., 16 janv. 1992, n°88-85609, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>
- C.cass.crim, 30 nov. 1994, *Bull.crim.*, n°389
- C.cass.crim., 1^{er} fév. 1995, *Bull.crim.*, n°43
- C.cass.crim., *Schuller*, 27 fév. 1996, , Juris-Data n° 95-81366, *Bull.crim.*, n°93, *J.C.P.G.*1996.II.22629, note M.-L. Rassat; *D.*1996.p.346, note Ch.Guéry

C.cass.crim., 6 fév. 1997, *Bull.crim.*, n°48; *Gaz.Pal.*1997.1.229

C.cass.crim., 24 nov. 1998, *Bull.crim.*, n°312; D.1999.IR.37

C.cass.crim., 06 janv. 1998, *Rev.dr.pén.*, 1999, p. 562-572; *Rev.trim.dr.fam.*, 2000, p. 203-212; *Rev.dr.pén.*, 1999, somm., p. 663-664

C.cass.crim., 28 sept. 1999, D.2000.AJ.60

C.cass.crim., 9 juin 1999, *Bull.crim.*, n°133

C.cass.crim., 25 oct. 2000, Juris-Data n°00-80829, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 1^{er} mars 2000, *Bull.crim.*, n°101, *RSC* 2000.814, obs. Bouloc

C.cass.crim., 20 fév. 2001, n°98-23471, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 1er oct. 2003, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bull., n°165, janv. 2004, p. 17; *Recueil dalloz*, 2004, no 26, 1845-1848, note M. Sanchez; Juris-Data n°03/84142, en ligne: <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 18 juin 2003, *Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, Bull. actualité, n°163, nov. 2003

C.cass.crim., 26 fév. 2003, n°02-88074, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 4 fév. 2004, n°03-81.984, Juris-Data n°959/J/2004, en ligne :
<<http://www.lexisnexis.com>>

C.cass.crim., 3 fév. 2004, n°03-84.825, Juris-Data n°2004-022448, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 9 nov. 2004, n°04-82.199, *RLDI* 2005/3, n°101, p.38, obs.L.Costes

C.cass.crim., 2 sept. 2004, *Bull.crim.*, n° 197

C.cass.crim., 5 janv. 2005, *Ministère public c. Jean Luc B.*, *Bull.crim.*, 2005, n°9 (1), p. 26; D.2005, IR p.437; *Rev.sc.crim.*2005, p. 304, obs. Y.Mayaud; *A.J. pénal*, somm.juris., p. 241-242, obs. G.ROUSSEL, *Dalloz*, juin 2005, n°61 en ligne : <http://www.droit-technologie.org/4_1.asp?jurisprudence_id=181>

C.cass.crim., 2 fév.2005, Juris-Data n°04-85521, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 11 mai 2005, Juris-Data n°2659/J/2005, en ligne :
<<http://www.lexisnexis.com>>

C.cass.crim., 10 mai 2005, *Bull. crim.*, n°144

C.cass.crim., 28 sept. 2005, D.2005, IR p. 2705; *Comm.com.électr.* mars 2006, p. 39, comm. A. Lepage; *Bull.crim.*, 2005, n°248

C.cass.crim., 12 oct. 2005, *Bull.crim.*, 2005, n°258

C.cass.crim., 29 nov. 2006, Juris-Data n°06-80664, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 11 mai 2006, *Bull.crim.*, 2006, p.482; *A.J. Pénal*, sept. 2006, p.354, note E. Vergès; n°05-84.837, *Comm.com.électr.* janv. 2007, n°1, comm. 13, A. Lepage

C.cass., crim. 29 mars 2006, *A.J. pénal*, n°6, 2006, obs. G. Royer, p. 260

C.cass.crim., 21 mars 2006, Juris-Data n°05-83637, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 7 fév. 2007, *Comm.com.électr.* sept. 2007, n°9, comm. 113, A. Lepage; Juris-Data n°06-87753, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 27 fév. 2007, Juris-Data n°2007-037663, *Comm. com.électr.* avril 2007, n°4, comm. 63, A. Lepage

C.cass.crim., 08 août 2007, Juris-Data n°07-84.252

C.cass.crim., 11 sept. 2007, Juris-Data n°07-82018, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 12 sept. 2007, (déc. 2007) n°12 *Droit pénal*, comm.152, M. Véron; (2008) 12 *Recueil Dalloz* 827, comm. D. Lefranc

C.cass.crim., 6 août 2008, Juris-Data n°08-83490, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 4 juin 2008, Juris-Data n°08-81045, en ligne :
<<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 27 mars 2008, n°07-83009, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C.cass.crim., 16 janv. 2008, n°07-82.115, *Bull.crim.* 2008, n°12.

C.cass.crim., 16 juin 2009, n°08-88560, en ligne : <<http://www.legifrance.gouv.fr>>

C. const., 16 juil. 1971, décision *Liberté d'association*, n° 71-44 DC, en ligne :
<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>

C. const., 15 janv. 1975, décision IVG, n°74-54, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/>>

C. const., 18 janv. 1985, n° 84-183 DC, *Loi relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>

C. const., 27 juil. 1994, n°94-343-344, *RJC.I.592*; D.1995.237, B. Mathieu; D.1995, S.C.299, L. Favoreu; J.C.P. 1995.II.22359, R. Debbasch

C. const., 23 juil. 1999, n° 99-416, *couverture maladie universelle*, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1999/99416/99416dc.htm>>

C. const., 10 juin 2004, n°2004-496 DC, J.O. n°143, 22 juin 2004, p. 11182, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>

C. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC; D.2004.Somm.2756, obs. de Lamy

C. const., 8 déc. 2005, n° 2005-527 DC, *Recueil Dalloz*. 2006. 966, note F. Rouvillois

C. const., 9 août 2007, n°2007-554 DC, J.O. 11 août 2007, (sept. 2007) n°9 *Droit pénal*, alerte 29; *Gaz.Pal.*2007. 223.2

C. const., 21 fév. 2008, n°2008-562 DC, J.O., 26 fév. 2008, p. 3272, en ligne : <<http://www.conseil-constitutionnel.fr>>

CE, 13 juil. 1979, *Ministre de la Communication c. S.A. Le Comptoir français et Société Les productions du Chesne*, GP.1981.I.321; *Gaz.Pal.* 1981.J.321

CE, 27 oct. 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge (lancer de nain)*, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>

CE, 30 juin 2000, *Association Promouvoir et autres*, req. n°222194 et 222195, AJDA 2000, p.674; *Comm.com.électr.*2000, comm. n°95, A.Lepage; D.2001.509, note Boitard

CE, 9 janv. 2004, *Association Promouvoir*, en ligne : <<http://www.conseil-etat.fr>>.

CE, 30 août 2006, n°2768 66, *Assoc. Free Dom*, *Comm.com électr.* fév. 2007, n°2, comm. 29, A. Lepage

TGI Le Mans, ch. corr., 16 fév. 1998, *Expertises*, juin 1998, n°216, p.194; J.C.P. G 1999, II, 10011, note J.Frayssinet; en ligne : <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgimans19980216.htm>>

TGI Paris, 11 déc. 1972, D.1973.J.469

TGI Paris, 17^e ch.corr., 8 nov. 1976

TGI Paris, 17^e ch., 12 juin 1997, *Légipresse*, n°148.III.5

TGI Paris, 2 nov. 2000, D.2000.IR.286

TGI Paris, 17^{ème} ch., 26 fév. 2002, en ligne :
 <<http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/index.htm>>

TGI Paris, 17^{ème} ch., 7 juin 2005, *France Télécom, ministère public c. Laurent B.*, en ligne :
 <<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=533>>

TGI Paris, réf., 2 juil. 2007, *UDAF de l'Ardèche et autre c. Linden Research et autres, Comm.com.électr.* septembre 2007, n°9, comm. 111, A. Lepage, en ligne :
 <http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1960>

TI Montmorillon, 19 mai 1982, J.C.P. 1984.II.20219, note Montanier

Trib.corr. Bressuire, 15 janv. 1968, *Gaz.Pal.* 1968.1 somm. 6

Trib.corr. Chartres, 31 janv. 1872, *DP* 1872.3.79

Trib.corr. d'Orange, 19 avril 1950, *Gaz.Pal.* 1950.2.35

Trib.corr. Paris, 12 janv. 1972, *Gaz.Pal.* 1972.1.379

Trib.corr. Paris, 22 oct. 1973, *Gaz.Pal.* 1975.1.28

Trib. corr. Paris, 5 nov. 1976, *Gaz.Pal.* 1977.1.56

T.corr. Toulon, 4 déc. 1952, D.1953.31; J.C.P. 1953.II.7451, note Combaldieu; *Gaz.Pal.* 1953.1.114

EUROPE

Cour européenne des Droits de l'Homme et Commission européenne des Droits de l'Homme

Achour c. France, n°67335/01 (au principal et satisfaction équitable), 10 novembre 2004, D. 2006. 53, note Djoheur Zerouki-Cottin, en ligne :
 <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=achour&sessionid=30881970&skin=hudoc-fr>>

Bernard c. France (au principal et satisfaction équitable), n°22885/93, CEDH 1998-II, en ligne :
 <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=bernard&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Cantoni c. France (au principal), n°17862/91, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, en ligne :
 <<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=cantoni&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Dudgeon c. Royaume-Uni (au principal), n° 7525/76, arrêt du 22 oct.octobre 1981, série A n°59, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=dudgeon&sessionid=30735471&skin=hudoc-fr>>

Handyside c. Royaume-Uni (au principal), n°5493/72, arrêt du 7 décembre 1976, série A n°24, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=handyside&sessionid=30882264&skin=hudoc-fr>>

K.A. et A.D. c. Belgique (au principal), n°42758/98 et 45558/99, 17 février 2005, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=K.A.%20%7C%20et%20%7C%20A.D.%20%7C%20belgique&sessionid=30882264&skin=hudoc-fr>>

Laskey, Jaggard et Brown c. Royaume-Uni (au principal et satisfaction équitable) (au principal et satisfaction équitable), n°21627/93; 21826/93; 21974/93, arrêt du 19 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, D.1998, p. 97, J.-M. Larralde, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=laskey&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Mantovanelli c. France (au principal), n°21497/93, arrêt du 18 mars 1997, *Recueil des arrêts et des décisions* 1997-II, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=9&portal=hbkm&action=html&highlight=humbert&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Modinos c. Chypre (au principal et satisfaction équitable), n°15070/89, arrêt du 22 avril 1993, série A n°259, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=modinos&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Müller et autres c. Suisse (au principal), n°10737/84, arrêt du 24 mai 1988, série A n°133, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=m%FCller&sessionid=30882758&skin=hudoc-fr>>

Pretty c. Royaume-Uni (au principal), n° 2346/02, CEDH 2002-III, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=pretty&sessionid=30881874&skin=hudoc-fr>>

Teixeira de Castro c. Portugal (au principal et satisfaction équitable), n°25829/94, arrêt du 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV, *Rev. Sc. Crim.*, 1999, p. 401, obs. R. Koering-Joulin, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=teixeira%20%7C%20de%20%7C%20castro%20%7C%20portugal&sessionid=30882974&skin=hudoc-fr>>

Tyrer c. Royaume-Uni (exception préliminaire), n°5856/72, arrêt du 25 avril 1978, série A n°26, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=tyrer&sessionid=30306262&skin=hudoc-fr>>

V. c. Royaume Uni (au principal et satisfaction équitable), n°24888/94, CEDH 1999-IX, en ligne :

<<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&source=tkp&highlight=24888/94&sessionid=30741099&skin=hudoc-fr>>

Cour de justice des communautés européennes et Tribunal de première instance

Trib. 1re inst. Commun. europ. 26 nov. 2002, *Gaz.Pal.* 2003 somm. 2504.

Trib. 1re inst. Commun. europ. 21 oct. 2003, *Gaz.Pal.* 2004 somm. 2026.

AUTRES

Angleterre

R. c. Hicklin, (1868) 3 Q.B.D. 360; L.R. 3 Q.B. 360.

États-Unis d'Amérique

Ashcroft v. Free Speech Coalition, (00-795) 535 U.S. 234 (2002); 198 F.3d 1083, affirmed, en ligne : <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>>.

DOCTRINE

MONOGRAPHIES ET RECUEILS

BATEMAN Simone (dir.), *Morale sexuelle*, vol.4, Paris, CERSES, 2001.

BAUGNET Lucy, « Représentation de la notion de condamnation morale », dans Jacques CHEVALLIER, *Bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 145.

BECCARIA Cesare, *Traité des délits et des peines*, nouvelle traduction française précédée de la Célébration du bi-centenaire de la publication organisée le 18 juin 1969 par la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris par l'Institut de criminologie de la Faculté de droit et des sciences économiques de Paris et par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris, Paris, Cujas, 1966.

BECK Ulrich, *La Société du risque - Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2003.

BENSIMON Philippe, *Pénis sans visage: le fléau mondial de la pornographie*, Montréal, Éd. du méridien, 2007.

BENTHAM Jeremy, *Essai sur la pédérastie*, Lille, Les Cahiers Questions de Genre, 2003.

BÉLIVEAU Pierre et Martin VAUCLAIR, *Traité général de preuve et de procédure pénales*, 15^e édition, Montréal, Éd. Thémis et Éd. Yvon Blais, 2008.

BIER Christophe, *Censure-moi. Histoire du classement X en France*, Paris, L'esprit frappeur, 2000.

BLANCHARD Marc-André et Florence LUCAS, « Divertir la liberté d'expression », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, vol. 208, *Développements récents en droit du divertissement*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2004, p. 31 -59.

BORRILLO Daniel et Danièle LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

BOULOC Bernard, *Pénologie: exécution des sanctions adultes et mineurs*, Précis, 3e éd., Paris, Dalloz, 2005.

BOURCIER Danièle, Patricia HASSETT et Christophe ROQUILLY (dir.), *Droit et Intelligence artificielle. Une révolution de la Connaissance Juridique*, Paris, Romillat, 2000.

BRETRAND Marie-Andrée, « Pornographie et censure », dans Fernand DUMONT, Simon LANGLOIS et Yves MARTIN (dir.), *Traité des problèmes sociaux*, Montréal, Institut québécois de recherche sur la culture, 1994, Chap.20, p. 411-426; en ligne : <http://www.uqac.quebec.ca/zone30/Classiques_des_sciences_sociales/contemporains/bertrand_marie_andree/pornographie/pornographie_censure.doc>.

BRUN Henri et Pierre BRUN, *Chartes des droits de la personne : législation, jurisprudence et doctrine*, 13^e éd., Montréal, Éd. Wilson et Lafleur, 2000.

BRUN Henri et Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 4^{ème} édition, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2002.

BUSQUE Ginette, Cécile CODERRE et Noelle-Dominique WILLEMS, *La pornographie décodée : information, analyse, pistes d'action*, vol.1 et 2, Montréal, Fédération des femmes du Québec, 1988.

CAMPAGNA Norbert, *La pornographie, l'éthique et le droit*, Montréal, Harmattan, 1998.

CAPELLER Wanda, « Un net pas très net – Réflexions sur la criminalité virtuelle », dans Angel SANCHEZ DE LA TORRE et autres (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Archives de philosophie du droit, CNRS, Tome 43, Paris, Sirey éd., 1999, p. 167-185.

CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, coll. Droit fondamental, Paris, PUF, 1990.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2004.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10^e éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

CARTUYVELS Yves, Françoise DIGNEFFE et Dan KAMINSKI, « Droit pénal et déformalisation », dans Jean de Munck et Marie Verhoeven ; Philippe Barré et al, *Les mutations du rapport à la norme : un changement dans la modernité?*, Bruxelles, De Boeck Université, 1997, p. 219-242.

CASTEL Robert, *L'ordre psychiatrique, L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Éd. de minuit, 1976.

CHEVALIER Jean-Marie, Ivar EKELAND, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Michel KALIKA, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000.

COCHE Arnaud, *La détermination de la dangerosité des délinquants en droit pénal*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de Sciences Pénales et de Criminologie (ISPEC), Centre de Recherches en matière pénale Fernand Boulan, Aix-en-provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.

COLLET Isabelle, *L'informatique a-t-elle un sexe? Hackers, mythes et réalités*, Paris, L'Harmattan, 2006.

CONTE Philippe et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^e éd, Paris, A. Colin, 2004.

CÔTÉ-HARPER Gisèle, Pierre RAINVILLE et Jean TURGEON, *Traité de droit pénal canadien*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1998.

CÔTÉ-HARPER Gisèle, Antoine D.MANGANAS et Jean TURGEON, *Droit pénal canadien*, 3^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1989.

COURNOYER Guy et Gilles OUIMET, *Code criminel annoté 2007*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2006.

DANET Jean et Véronique GUIENNE (dir.), *Action publique et prostitution*, Rennes, PUR, 2006.

DEBUYST Christian et Françoise TULKENS (dir.), *Dangerosité et justice pénale : ambiguïté d'une pratique*, Coll. Déviance et société, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Genève, Masson, Médecine et Hygiène, 1981.

DE RICO Jean-François et Dominic JAAR, « Le cadre juridique des technologies de l'information », dans S.F.C.B.Q., Barreau du Québec, vol. 298, *Développements récents en droit criminel*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 2008, p.1.

DESJARDINS Tristan, *Les infractions d'ordre moral en droit criminel canadien : de la norme de tolérance à la nouvelle théorie du préjudice*, Markham, LexisNexis Canada, 2007.

DRAÏ Raphaël, « La banalisation des objets de scandale : variation sur la notion variable de bonnes mœurs », dans Jacques CHEVALLIER, *Bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 127.

DREYER Emmanuel, *Droit de l'information, Responsabilité pénale des médias*, Paris, Litec, 2002.

DUBOS Olivier et Jean-Pierre MARGUENAUD (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Éd. A. Pedone, 2007.

DUVERGER Emmanuelle et Robert MÉNARD, *La censure des bien-pensants, Liberté d'expression : l'exception française*, Paris, Albin Michel, 2003.

FABRE-MAGNAN Muriel, « La dignité en droit : un axiome », dans Anne-Marie DILLENS et Bernard VAN MEENEN (dir.), *La dignité aujourd'hui : perspectives philosophiques et théologiques*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, p. 53-84.

FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes! Vive l'ordre public philanthropique! », dans *Études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 487, n°5.

FERRY Enrico, *La sociologie criminelle*, Traduit de l'Italien par Léon Terrien, 1^{ère} éd., Paris, Félix Alcan, 1893, en ligne : Université de Chicoutimi, Bibliothèque numérique, Jean-Marie TREMBLAY

<http://classiques.uqac.ca/classiques/ferri_enrico/sociologie_criminelle/socio_criminelle.html>.

FONDATION SCELLES, *La pédophilie*, Ramonville Saint-Agne, Éd. Érès, 2001.

FORTIN Jacques et Louise VIAU, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982.

FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

FOUCAULT Michel, *Histoire de la sexualité 1 : La volonté de savoir*, Saint-Amand, Tel Gallimard, 2001.

FOUCAULT Michel, *Dits et écrits 1976-1979*, tome III. Paris, Gallimard, 1994.

FREUD Sigmund, *Trois essais sur la théorie sexuelle*, Paris, Folio essais, 2005.

GAUTRAIS Vincent, « Le contrat électronique au regard de la Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information », dans Vincent GAUTRAIS, *Droit du commerce électronique*, Montréal, Éd. Thémis, 2002, p. 3-56.

GAUDREAULT-DESBIENS Jean-François, *Le sexe et le droit : sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 2001.

GENSOLLEN Michel, « Réel / Virtuel », dans Francis JUTAND (dir.), *La société de la connaissance à l'ère de la vie numérique*, GET, Paris, 2007, p. 44-54, en ligne : <<http://www.gensollen.net/>>.

GIRARD Charlotte et Stéphanie HENNETTE-VAUCHEZ (dir.), *La dignité de la personne humaine : recherche sur un processus de juridicisation*, Paris, Droit et Justice, PUF, 2005.

GOBEIL Thomas, « La régulation de la publicité en ligne et la protection des mineurs : un nouveau défi », dans Serge PROULX, Françoise MASSIT-FOLLÉA et Bernard CONEIN (dir.), *Internet, une utopie limitée : nouvelles régulations, nouvelles solidarités*, Québec, Les Presses de l'Université Laval, 2005, p. 273-288.

GOYARD-FABRE Simone, « Les rapports du droit et de la morale aujourd'hui », dans François DERMANGE et Laurence FLACHON (dir.), *Éthique et droit*, Genève, Éd. Labor et Fides, 2002, p. 19-41.

GUILLEBAUD Jean-Claude, *La tyrannie du plaisir*, (Paris), Éd. du Seuil, 1998.

GUYÉNOT Laurent, *Le livre noir de l'industrie rose de la pornographie à la criminalité sexuelle*, Paris, Auzas Éditeurs Imago, 2000.

HARNOIS Isabelle, « La pornographie juvénile sur Internet et la protection des enfants : le problème comporte-t-il une partie de la solution ? », dans *Droits de la personne : Éthique et mondialisation*, Actes de journées strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures, Strasbourg, éd. Yvon Blais, 2004, p. 263-287.

HART Herbert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, CA, Stanford University Press, 1963.

HAUSMAN Jean-Marc, « Responsabilité et modes de régulation de la délinquance sexuelle par le recours aux banques de données. Punir ou traiter? Neutraliser... », dans Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, p. 121-130.

- HESS-FALLON Brigitte et Anne-Marie SIMON, *Droit civil*, 6e éd., Paris, Éd. Sirey, 2001.
- HOUZIAUX Alain (dir.), *La liberté sexuelle jusqu'où?*, Paris, Éd. de l'atelier/ Éd. Ouvrières, 2005.
- IACUB Marcela et Patrice MANIGLIER, *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Paris, Éd. Bréal, 2005.
- ITEANU Olivier, *Tous cybercriminels : la fin d'Internet?*, Paris, J.M. Laffont, 2004.
- JASPARD Maryse, *Sociologie des comportements sexuels*, Coll. Repères, Paris, Éd. La Découverte, 2005.
- JOYAL Renée, *Précis de droit des jeunes : Droit civil de l'enfance et de l'adolescence*, Tome 1, 3^e éd., Cowansville, Éd. Yvon Blais Inc., 1999.
- KAMINSKI Dan, « Un nouveau sujet de droit pénal? », dans Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, p. 323-342.
- KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, pléiade, Paris, Gallimard, 1985.
- KANT Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, Paris, Livre de Poche, 1993.
- KANT Emmanuel, *Principes métaphysiques du droit*, Paris, Librairie de LADRANGE, 1837.
- KRYNEN Jacques (dir.), *Le droit saisi par la Morale*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2005.
- LAJOIE Andrée, Roderick A.MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER (dir.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Thémis, 1998.
- LANDRY Michel, *L'état dangereux : Un jugement déguisé en diagnostic*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- LAVAUD-LEGENDRE Bénédicte, *Où sont passées les bonnes mœurs?*, Paris, PUF, 2005.
- LEGARDINER Claudine, *Les trafics du sexe : femmes et enfants marchandises*, Toulouse, Éd. Les essentiels Milan, 2002.
- LEGRAND Pierre, *Le droit comparé*, Coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2009.
- LEPAGE Agathe, *Libertés et droits fondamentaux à l'épreuve de l'Internet : Droits de l'internaute, Liberté d'expression sur l'Internet, Responsabilité*, Paris, Litec, 2002.

LEPAGE Agathe et Patrick MAISTRE DU CHAMBON, « Les paradoxes de la protection pénale de la vie humaine », dans Mélanges dédiés à Bernard BOULOC, *Les droits et le droit*, Paris, Dalloz, 2007, p. 613.

LOCHAK Danièle, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs, puissance et impuissance de la norme juridique », dans Jacques CHEVALLIER, *Bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 15.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil* (1690), traduction française de David Mazel, Reprod. de Londres, 5e éd., coll. Classiques des sciences sociales. Les auteurs classiques, 1728, en ligne :

<http://classiques.uqac.ca/classiques/locke_john/traite_du_gouvernement/traite_du_gouvernement_civil.html>.

LOMBROSO Cesare, *L'homme criminel : criminel-né, fou moral, épileptique, criminel fou, criminel d'occasion, criminel par passion : étude anthropologique et psychiatrique*, Tome 1, Paris, F. Alcan, 1895, en ligne : Université de Chicoutimi, Bibliothèque numérique, Jean-Marie TREMBLAY

<http://classiques.uqac.ca/classiques/lombroso_cesare/homme_criminel_1895/homme_criminel_1895.html>.

LUCHAIRE François, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Économica, 1987.

LUSSIER Christiane, *Le consentement de la victime en matière d'infractions contre les personnes*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1999.

MAGOS Vincent (dir.), *Procès Dutroux : penser l'émotion*, Bruxelles, Coordination de l'aide aux victimes de maltraitance, Ministère de la Communauté française, 2004; en ligne : <<http://www.cfwb.be/maltraitance/code/penser.asp>>.

MARZANO Michela, *Malaise dans la sexualité : le piège de la pornographie*, Paris, JC Lattès, 2006.

MARZANO Michela, *La pornographie ou l'épuisement du désir*, Paris, Buchet Chastel, 2003.

MARZANO Michela et Emmanuel JEZ, *La criminalité sur Internet*, Coll. Que sais-je ?, Paris, PUF, 2001.

MARZANO Michela et Claude ROZIER, *Alice au pays du porno - Ados : leurs nouveaux imaginaires sexuels*, Paris, Éd. Ramsay, 2005.

MAYER Danièle, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », dans Jacques CHEVALLIER, *Bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 55.

MELKEVIK Bjarne, *Considérations juridico-philosophiques*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2005.

MILL John Stuart, *De la liberté*, trad. Laurence Lenglet, Paris, Gallimard, 1990.

MONTESQUIEU Charles de Secondat, baron de, *De l'esprit des lois* (1758), Bibliothèque numérique, Coll. « Les auteur(e)s classiques », Université du Québec à Chicoutimi, en ligne :

<http://classiques.uqac.ca/classiques/montesquieu/de_esprit_des_lois/partie_1/de_esprit_de_s_lois_1.html>.

NGALIKPIMA Matiada (dir.), *L'esclavage sexuel : un défi à l'Europe*, Paris, Les éd. de Paris, Fondation Scelles, 2005.

OGIEN Ruwen, *Penser la pornographie*, Paris, Questions d'éthique PUF, 2003.

OST François, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Maison des sciences de l'homme, Réseau européen Droit et société, LGDJ, Paris, 1998, p. 423-449.

OST François et Michel VAN DE KERCHOVE, *Bonnes moeurs, discours pénal et rationalité juridique : essai d'analyse critique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981.

OST François et Michel VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », dans Jacques CHEVALLIER, *Bonnes mœurs*, Paris, PUF, 1994, p. 105.

PANSIER Frédéric-Jérôme et Emmanuel JEZ, *La criminalité sur l'Internet*, Coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 2000 et 2001.

PAUVERT Jean-Jacques, *Nouveaux (et moins nouveaux) visages de la censure*, Paris, Les Belles Lettres, 1994.

PAVIA Marie-Luce et Thierry REVET (dir.), *La dignité de la personne humaine*, Études juridiques, Paris, Économica, 1999.

PEDROT Philippe (dir.), *Éthique, droit et dignité de la personne : Mélanges Christian Bolze*, Paris, Économica, 1999.

PIN Xavier, *Le consentement en matière pénale*, Paris, LGDJ, 2002.

PINI Joseph et autres, *Le sexe, la sexualité et le droit*, Paris, Éd. Pierre Téqui, 2002.

POULIN Richard, *La mondialisation des industries du sexe :: prostitution, pornographie, traite des femmes et des enfants*, Ottawa, Éd. L'Interligne, 2004.

POUSSON-PETIT Jacqueline, « Le droit à l'identité sexuée et sexuelle dans les droits européens », dans Jacqueline POUSSON-PETIT (dir.), *L'identité de la personne humaine : Étude de droit français et de droit comparé*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 2002, p. 719.

PRINS Adolphe, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Genève, Médecine et hygiène, 1986.

PY Bruno, *Le sexe et le droit*, Coll. Que sais-je?, Paris, PUF, 1999.

QUÉMÉNER Myriam et Joël FERRY, *Cybercriminalité : Défi mondial et réponses*, Paris, Economica, 2007.

REINER Robert, « Media Made Criminality : The Representation of Crime in the Mass Media », dans Mike MAGUIRE, Rod MORGAN et Robert REINER (dir.), *The Oxford Handbook of Criminology*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2002.

ROBERTSON James, *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Service de recherche, 1992.

ROCHER Guy, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éd. Thémis, 1996.

RODGERS Raymond Spencer, *Le sexe et la loi au Canada : suivi d'une étude sur l'obscénité par Me Mario Dumesnil*, Montréal, Éd. du Jour, 1962.

SALAS Denis, *La volonté de punir : Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005.

TROPER Michel, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, PUF Léviathan, 2001.

TZITZIS Stamatios, *La personne, l'humanisme, le droit*, Québec, Les presses de l'Université Laval, 2001.

VERMELLE Georges, « L'immatériel et la répression », dans Angel SANCHEZ DE LA TORRE et autres (dir.), *Le droit et l'immatériel*, Paris, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1999, p. 213-223.

WACHSMAN Patrick, *Libertés publiques*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2000.

WACQUANT Loïc, *Les prisons de la misère*, Paris, Raisons d'agir, 1999.

WATTIER Isabelle, « Responsabilité et responsabilisation du législateur – Le cas de l'irrecevabilité du consentement des mineurs et la notions de « majorité sexuelle » », dans Françoise DIGNEFFE et Thierry MOREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 2006, p. 387-396.

WÉRY Étienne, *Sexe en ligne : aspects juridiques et protection des mineurs*, Bruxelles, Larcier, 2004.

ZARAFONITOU Christina, « Insécurité et extension du contrôle social : pénalisation des « incivilités » et du « désordres » », dans Théodore PAPATHÉODOROU et Philippe MARY (dir.), *Mutations des politiques criminelles en Europe*, Groupe européen de recherches sur la justice pénale, Groupe européen de recherches sur la justice pénale, Université du Péloponnèse, Coll. de la Faculté de politique sociale et éducative, Athènes, Éd. Papazissis, 2006, p. 61-89.

ARTICLES DE REVUE, PÉRIODIQUES ET DE PRESSE

AGENCE FRANCE-PRESSE, « Vaste opération de police internationale contre la pédophilie sur Internet », *Le Monde*, 16 mars 2005.

ASSOCIATION QUÉBÉCOISE PLAIDOYER-VICTIME, « L'exploitation sexuelle à des fins commerciales » (juin 2008) 4 *Les Cahiers de PV Antenne sur la victimologie*.

BADINTER Robert, « Le retour de l'homme dangereux », Chronique de Robert Badinter, *Le Nouvel Observateur*, 31 janv. 2008, en ligne : <<http://hebdo.nouvelobs.com/hebdo/parution/p2256/articles/a365492.html>>.

BALASSOUPRAMANIANE Indra, « La pédophilie virtuelle », (2002) 34 *J.duB.* n°15, 14, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol34/no15/autoroute.html>>.

BALASSOUPROMANIANE Indragandhi, « L'impact en droit du travail », (1^{er} avril 2000) 32 *J.duB.* n°6, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol32/no6/aqdiCongres.html>>.

BALASSOUPROMANIANE Indragandhi, « L'utilisation des courriels », (1^{er} mars 2001) 33 *J.duB.* n°4, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol33/no4/surlenet.html>>.

BAUDOIN Philippe et Éric FREYSSINET, « La gendarmerie et la protection de l'enfance sur Internet » (2007) 1 *Légicom*, n° 37, 59-67.

BEAUDOIN Lise I., « Nouvelles infractions de voyeurisme » (2003) 35 *J.duB.* n°18.

BELLEY Jean-Guy, « L'État et la régulation juridique des sociétés globale : pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 *Sociologie et société* 11.

BELLOIR Philippe, « L'application des règles de procédure pénale aux infractions commises sur le réseau Internet » (août/sept. 2002) *Expertises des systèmes informatiques* 293-298.

BENHAMOU Yves, « Plaidoyer pour le retour en grâce des juges, contribution à l'étude critique de la fonction de juger », (2009) *Recueil Dalloz* 1040.

BILLIER Jean-Cassien, Ruwen OGIEN, Daniel BORILLO, Marcela IACUB, Isabelle SORENTE et Éric FASSIN, « Dossier : L'éthique sexuelle, une nouvelle approche » (mars 2007) 7 *Philosophie* 37-53.

BOURCIER Danièle, « De l'intelligence artificielle à la personne virtuelle : émergence d'une entité juridique ? » 3 *Droit et société* 2001, n°49, 847-871, en ligne : <<http://www.cairn.info/revue-droit-et-societe-2001-3-page-847.htm>>.

CASTAIGNÈDE Jocelyne, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *Recueil Dalloz*. 1999. chron. 23.

CASTEL Robert, « De la dangerosité au risque », (1983) 47 *Actes de la recherche en sciences sociales* 119-127.

CHEMIN Anne, « Il ne faut pas installer un ordinateur connecté à Internet dans la chambre d'un adolescent » *Le monde*, 21 sept. 2005.

CHEMIN Anne et Stéphanie GUERRIN, « Une petite minorité de parents contrôlent l'activité de leurs enfants sur la Toile », *Le monde*, 21 sept. 2005.

CIPRUT Monique, « Quel statut juridique reconnaître à l'avatar ? », *Les Échos*, 10 janv. 2008, en ligne : <<http://www.lesechos.fr/info/innovation/4669915.htm>>.

CISNEROS Dannielle, « « Virtual child » pornography on the Internet : a « virtual » victim? » (2002) *Duke L. & Tech. Rev.* 0019, en ligne : <<http://www.law.duke.edu/journals/dltr/articles/2002dltr0019.html>>.

CONTE Philippe, « La loi sur la prévention de la délinquance (loi n°2007-297 du 5 mars 2007) : présentation des dispositions de droit pénal » (mai 2007) *Droit pénal*, chron.p.2, n°9.

COLLOQUE INTERNATIONAL SUR LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION, LA DIGNITÉ HUMAINE ET LES DROITS DE L'HOMME, « Déclaration des droits de l'homme, de la dignité humaine et de la société de l'information » (2005) 18 *R.Q.D.I.* no1, 210-220.

CORTEN Olivier, « Éléments de définition pour une sociologie politique du droit », (1998) 39 *Droit et Société* 347-370.

COUV RAT Pierre, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev. Sc. crim.* 1999. 376.

DANET Jean, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », (2008) *V Champ pénal*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/document6013.html>>.

DANET Jean, « La rétention de sûreté au prisme de la politique criminelle : une première approche », (4 mars 2008) 64 *Gaz.Pal.*10.

DANET Jean et Claire SAAS, « Le fou et sa « dangerosité », un risque spécifique pour la justice pénale », (2007) 4 *RSC* 779-795.

DEBET Anne, « Internet et vie privée : la protection et la liberté du mineur internaute », *Comm.com.électr.* déc. 2005. n°40, 11-17.

DEBOVE Frédéric, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », (nov. 2006) n°11 *Droit pénal*, Étude 19.

DELAGE Pierre-Jérôme, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », (oct/déc 2007) 4 *RSC* 797-814.

DELMAS-MARTY Mireille, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », (2007) 3 *RSC* 461-472.

DESJARDINS Tristan, « Échanger est-il péché? Analyse de la norme de tolérance de la société canadienne contemporaine à la lumière de l'arrêt *R. c. Labaye* » (2004) 45 *C.deD* 767.

DEVILLARD Arnaud, « Eurodisney recrutait en consultant – illégalement – les fichiers de police », *01net*, 19/05/2006, en ligne : <<http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article1631>>.

DUBUISSON Étienne, « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique de l'individu dans un échange télématique », (1995) 3 *D.I.T.*, n°5, 5-27.

DOUMAYROU Fanny, « Quand les fichiers permettent de licencier », *L'Humanité*, 10 août 2004, en ligne : <<http://www.ldh-toulon.net/spip.php?article1631>>.

EDWARDS William et Christopher HENSLEY, « Contextualizing sex offender management legislation and policy : Evaluating the problem of latent consequences in community notification laws », (2001) 45 *International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology*, 83-101, en ligne : <<http://ijo.sagepub.com/cgi/content/abstract/45/1/83>>.

EWALD François, « Philosophie de la précaution », (1996) 46 *L'année sociologique*, n°2, p. 399-412.

FABRE-MAGNAN Muriel, « Le domaine de l'autonomie personnelle, Indisponibilité du corps humain et justice sociale », (2008) n°1 *Recueil Dalloz.chron.* 31-39.

FARKAS Mary Ann et Amy STICHMAN, « Sex Offender Laws: Can Treatment, Punishment, Incapacitation, and Public Safety be Reconciled? » (2002) 27 *Criminal Justice Review*, 256-283, en ligne : <<http://cjr.sagepub.com/cgi/content/abstract/27/2/256>>.

FORTIN Francis et Julie ROY, « Profils des consommateurs de pornographie juvénile arrêtés au Québec : l'explorateur, le pervers et le polymorphe », (2006) 39 *Criminologie* n°1.

FOUCAULT Michel, « La loi de la pudeur », (avril 1979) 37 *Recherches*.

FRAU-MEIGS Divina, « Technologie et pornographie dans l'espace cybernétique », (1996) 77 *Réseaux*, 109-132, en ligne : < <http://www.enssib.fr/autres-sites/reseaux-cnet/77/02-frau.pdf>>

FRUTEAU Catherine, « Pédopornographie et communications électroniques: la protection du mineur renforcée par les lois du 5 mars 2007 », (déc. 2007) 247 *Légipresse*, comm. et opinions.

GAGNON Katia, « Les pédophiles ont leur logo », (août 2006) *La presse Montréal* A4.
GARRAUD Jean-Paul, *Réponses à la dangerosité*, Rapport sur la Mission parlementaire, Député de la Gironde, sur la Dangerosité et la prise en charge des individus dangereux, La

Documentation française, 2006, en ligne :

<<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000800/0000.pdf>>.

GAUTRAIS Vincent, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16-1 *Cahiers de la propriété intellectuelle* 61-130, en ligne : <<http://www.gautrais.com/IMG/pdf/consentement2003CPI.pdf>>.

GHICA-LEMARCHAND Claudia, « La rétention de sûreté (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », (20 août 2009) 5 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger* 1381.

GUERRIER Claudine, « Les aspects techniques de la régulation des données personnelles : la question du numéro IP », (2009/4) 42 *Légicom* 127-141.

GRABOSKY Peter, Russell G.SMITH et Paul WRIGHT, « Nouvelles technologies, nouveaux délits », (4e trimestre 1998) 34 *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 13-29.

GRANT Anna, Fiona DAVID et Peter GRABOSKY, « Child Pornography in the Digital Age », (1997) 3 *Transnational Organized Crime*, n°4, 171-188.

HÉBERT Jean-C., « Délinquants sexuels : liste noire et droit à l'oubli », (2003) 35 *J.duB.* n°5, en ligne : <<http://www.barreau.qc.ca/publications/journal/vol35/no5/tribunelibre.html>>.

HERZOG-EVANS Martine, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *Recueil Dalloz*.2006.chron.182.

H.L.A.HART, « Positivism and the separation of law and Morals » (1958) 71 *Harvard Law Review*, n°4, 593-630.

HOUCHON Guy, « Évolution du concept de dangerosité en criminologie européenne (« Vingt ans après... ») », (1984) 17 *Criminologie*, n°2, 79-91, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/017200ar>>.

HUSTINX Peter J., « Protection des données à caractère personnel en ligne : la question des adresses IP », (2009/4) 42 *Légicom* 119-125.

KALUSZYNSKI Martine, « Le retour de l'homme dangereux. Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », (2008) V *Champ pénal*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/document6183.html>>.

KRIEGK Jean-François, « L'américanisation de la justice, prisme d'un nouvel ordre symbolique en matière pénale? », (09 avril 2005) 99 *Gaz.Pal*.2.

KRONE Tony, « Queensland Police Stings in Online Chat Rooms » (juil. 2005) *Australian Institute of Criminology*, n°301, 1-6.

LABBÉ Éric, « L'interception légale de communications électroniques privées : approche comparée d'un moyen d'enquête plus ou moins « branché » », (2008) 30 *R.D.T.I.* 157-189.

LAMEYRE Xavier, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicables après la loi du 9 mars 2004 et avant la loi relative au traitement de la récidive » (mai 2005) 5 *AJ. pénal* 192-195.

LAMEYRE Xavier, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », (2001) *Rev. Sc. crim.* 521.

LANDREVILLE Pierre et Germain TROTTIER, « La notion de risque dans la gestion pénale », (2001) 34 *Criminologie*, n°1, 3-8, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/004754ar>>.

LANDREVILLE Pierre, « Grandeurs et misères de la politique pénale au Canada : du réformisme au populisme », (2007) 40 *Criminologie*, n°2, 19-51, en ligne : <<http://id.erudit.org/iderudit/016850ar>>.

LASCOUMES Pierre, « La précaution comme anticipation des risques résiduels et hybridation de la responsabilité », (1996) 46 *L'année sociologique*, n°2, 359-382.

LAUZON Johanne, « Pornographie juvénile et Internet », (avril 2005) *La Dépêche, Doctrine*, en ligne : <http://www.soquij.qc.ca/ladepeche/arch_doct/doc20050421.shtml>.

LAVIELLE Bruno, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels : un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », (1999) *Rev. Sc. crim.chron.*35.

LEDIEU Marc-Antoine, « Les enfants en toute sécurité sur Internet », *Comm.com.électr.* Janv. 2007, n°1, alerte 24.

LE GUNEHEC Francis, « Disposition de la Loi n°98-468 du 17 juin 1998 instituant le suivi socio-judiciaire des condamnés sexuels », *J.C.P.1998.actulité* n°27.1193, p. 1194.

LEMAN-LANGLOIS Stéphane, « Questions au sujet de la cybercriminalité, le crime comme moyen de contrôle du cyberspace commercial » (2006) 39 *Criminologie* n°1.

LEPAGE Agathe, « Liberté d'expression, responsabilité et forums de discussions », *Comm.com.électr.* janv. 2003. comm. n°3, 18.

LEPAGE Agathe, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *Comm.com.électr.* juin 2007, n°6, étude 13.

LEPAGE Agathe, « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », (déc. 2007) n°12 *Droit pénal*, chron.6.

LEROUX Olivier, « La corruption de la jeunesse et les outrages publics aux bonnes mœurs par courrier électronique (courriel, SMS, MMS) » (2003) *Revue Ubiquité* n°17.

MAISTRE du CHAMBON Patrick, « La régulation des « provocations policières » : l'évolution de la jurisprudence », *J.C.P..G.*1989.I.3422.

MALABAT Valérie, « Les procédés de l'internationalisation du droit pénal - Rapport de synthèse », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, Étude 17.

MASTER 2 DROIT PÉNAL DE L'UNIVERSITÉ BORDEAUX IV, « L'influence de l'internationalisation du droit pénal sur la protection des personnes », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, Étude 13.

MAYAUD Yves, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », (mai 2008) 20 *Recueil Dalloz* 1359-1366.

MESNIL DU BUISSON Godefroy du, « Réflexion sur les rôles du juge et du médecin dans l'intelligibilité de la peine et son évolution, Le mariage de Thémis et d'Hippocrate à l'épreuve de la durée », *Rev. Sc. crim.* 1995.839.

MITCHELL Kimberly J., Janis WOLAK et David FINKELHOR, « Police Posing as Juveniles Online to Catch Sex Offenders: Is It Working? » (2005) 17 *Sexual Abuse : A Journal of Research and Treatment* n°3, 241-267.

NADEAU Alain-Robert, « Pornographie et liberté d'expression (I) », (2002) 34 *J.duB.* n°8.

NADEAU Alain-Robert, « Pornographie et liberté d'expression (II) », (2002) 34 *J.duB.* n°9.

NEUILLY Mélanie-Angela et Kristen ZGOBA, « La panique pédophile aux États-unis et en France », *Champ pénal*, Tome II: Responsabilité/Irresponsabilité Pénale, 14 sept. 2005, en ligne: <<http://champpenal.revues.org/document340.html>>.

PERRAY Romain, « Adresse IP et données personnelles : un besoin de convergence d'interprétation entre les juges », *Gaz.Pal.* 2009. 1244-1245.

PÉLOQUIN Tristan, *Cybercrime : la police manque de ressources*, 30 avril 2007, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11308-cybercrime-la-police-manque-de-ressources.php>>

PÉLOQUIN Tristan, *Les policiers dans une course technologique*, 30 avril 2007, en ligne: <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11309-les-policiers-dans-une-course-technologique.php>>.

PIRÈS Alvaro, « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », (2001) XXXIII.1 *Sociologie et Sociétés* 179-204, en ligne : <http://classiques.uqac.ca/contemporains/pires_alvaro/rationalite_penale/rationalite_penale.doc> et <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001562ar.pdf>>.

PONCELA Pierrette, « La question de la récidive », (2005) *Rev. sc. crim.* 613.

POULLET Yves, *Un arsenal de mesures à la traque d'un contenu illicite, la pédopornographie*, texte libre, Faculté de droit de Namur et Liège, CRID, 2007.

PRADEL Jean, « La mondialisation du droit pénal : enjeux et perspectives » (2001) 35 *R.J.T.* 241-272.

PRATT John, « Dangerosité, risque et technologie du pouvoir », (2001) 34 *Criminologie*, n°1, 102-121, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/crimino/2001/v34/n1/004756ar.pdf>>.

RENAUT Marie-Hélène, « Une technique juridique appliquée à un problème de société, la Récidive, De la notion de *consuetudo delinquendi* au concept de dangerosité », (2000) *Rev. Sc. crim.* 319.

RICHARD-BESSETTE Sylvie, « La pornographie ou la dominante sexuelle rendue sexy » (sept. 2003) *Revue Sexologique - Sexological Review* Dossier INTIMITÉ, vol. 3 n°1, en ligne : <http://www.unites.uqam.ca/dsexo/Revue/Vol3no1/sommaireV3_01.htm>.

RISACHER Nancy, « Internet et la protection des mineurs : de l'éthique à l'économie » (1999) *Revue Ubiquité* n°2, 89.

ROETS Damien, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », (2008) 27 *Recueil Dalloz*.1840.

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, Thierry GARÉ et Corinne MASCALA, « Droit pénal : Panorama automne 2005 », (2005) 43 *Recueil Dalloz*.2986-2995.

ROUJOU DE BOUBÉE Gabriel, Thierry GARÉ, Marie-Hélène GOZZI et Solange MIRABAIL, « Droit pénal, nov. 2006 – sept. 2007 », (2007) 37 *Recueil Dalloz*. 2632-2641.

SALLES Alain, « Robert Badinter : « Ne pas confondre justice et thérapie » », *Le monde*, 08 septembre 2007, en ligne : <http://www.lemonde.fr/societe/article/2007/09/08/robert-badinter-ne-pas-confondre-justice-et-therapie_952825_3224.html>.

SAINT-PAU Jean-Christophe, « L'internationalisation du droit pénal », (sept. 2006) n°9 *Droit pénal*, repère 8.

SNACKEN Sonja, « Justice et société: une justice vitrine en réponse à une société en émoi? L'exemple de la Belgique des années 1980 et 1990 », (2001) XXXIII *Sociologie et sociétés*, n°1, 107-137, en ligne : <<http://www.erudit.org/revue/socsoc/2001/v33/n1/001712ar.pdf>>.

SOULLIÈRE Nicole, « Police et innovations technologiques », (4e trimestre 1998) 34 *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 69-90.

STALKER Ann, « LeGallant : Law Reform and the Charter », (1987) 54 *C.R.* (3d) 61.

TABAKA Benoît, « Une année de droit de l'internet: le bilan jurisprudentiel 2006 (1er partie) » 24 (fév. 2007) *RLDI* 75-82.

TOURNIER Pierre V., « Traitement de la récidive ou politique spectacle ? Le retour des « peines planchers » sur le devant de la scène », (21 mai 2007) 44 *Arpenter le champ pénal (ACP)*.

TOUZIN Caroline, *Débusquer les cybercriminels*, 30 avril 2007, en ligne : <<http://technaute.cyberpresse.ca/nouvelles/internet/200704/30/01-11310-debusquer-les-cybercriminels.php>>.

TRUDEL Pierre, *Notes sur la méthode d'analyse fondée sur l'identification des rationalités et des techniques de réglementation*.

ULRICH Claire, « Les censeurs du Net », *Le monde*, 29 mai 2009, en ligne : <<http://www.lemonde.fr>>.

VACHERET Marion, « Les visites familiales privées au Canada, entre réinsertion et contrôle accru : portrait d'un système », (fév. 2005) II *Champ pénal*, en ligne : <<http://champpenal.revues.org/document81.html>>.

VACHERET Marion et Marie-Marthe COUSINEAU, « L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », (2005) 29 *Déviante et Société*, n°4, 379-397, en ligne : <http://www.cairn.info/article.php?ID_ARTICLE=DS_294_0379>.

VAN DEN BULCK Paul, « Le régime juridique des avatars créés dans le cadre des jeux vidéos : Premières réflexions » (juil. 2007) n° 24 *Revue propriétés intellectuelles* 279-284, doctrine, en ligne : <http://www.irpi.ccip.fr/upload/pdf/private/revue/20070808173734_24-DO-le-regime-juridique-des-avatars-crees-dans-le-cadre-des-jeux-vidéos.pdf>).

VERVAELE John A. E., « Section III – Procédure pénale: Mesures procédurales spéciales et respect des droits de l'homme » (2006, 3/4) 77 *Revue internationale de droit pénal*, 663-669.

WALLON François, « Des difficultés rencontrées lors des saisies informatiques ou des constats opérés sur des systèmes informatiques », *Comm.com.électr.* juin 2007. n° 6, Étude 15, 19-22.

WATTIER Isabelle, « La lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie et la majorité sexuelle. La consécration d'une disparité » (2006/1-2) 77 *Revue internationale de droit pénal*, 223-235.

WOLAK Janis, David FINKELHOR et Kimberly MITCHELL, « Trends in arrests of « online predators » », (30 mars 2009) *Crimes against children research center*, CV194_FINAL NJOV2, en ligne : <<http://www.unh.edu/ccrc>>.

ARTICLES ÉLECTRONIQUES

« Éd. Profil et LTU Technologies annoncent leur partenariat technologique », déc. 2007, en ligne : le magazine européen de la sécurité <<http://www.mag-secur.com>>.

ANDORNO Roberto, *La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique?*, Rubrique éthique, mars 2005, en ligne : <<http://www.contrepointphilosophique.ch>>.

ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, nov. 2004, en ligne : <http://files.efc-canada.net/si/Pornography/EFC_Submission_on_Bill_C-2_%20F.pdf>.

BARDOUT Jean-Claude, *À quel âge un mineur a-t-il le droit de...?*, 10 nov. 2006, en ligne : <<http://associationdemineurs.blog.lemonde.fr/2006/11/10/la-minorite-nest-pas-un-etat-elle-est-un-devenir/>>.

BEAU Nathalie, *L'émergence d'une société nouvelle*, 22 oct. 2004 , en ligne : <<http://www.parutions.com/pages/1-6-63-3963.html>>.

BELLEMARE Daniel et Geneviève MARTEL, *Le Québec, une référence internationale en matière de recherche et de traitement en délinquance sexuelle... Quand serons-nous « prophètes en notre pays »?*, Société de criminologie du Québec, 5 nov. 2007, en ligne : <http://www.societecrimino.qc.ca/lettres_traitement_delinquance_sexuelle.php>.

BOURCIER Danièle, « Comment s'accorder sur les normes? Le Droit et la Gouvernance face à Internet » (2006) 10 *Lex Electronica* n°3.

BOYD Danah, *Reflections on Lori Drew, bullying, and solutions to helping kids*, Blog, 30 nov. 2008, en ligne : <<http://www.zephoria.org/thoughts/archives/2008/11/>>.

CASTEL Pierre- Henri, *La pornographie est-elle pensable?*: sur *Penser la pornographie* de Ruwen OGIEN, en ligne : <<http://pierrehenri.castel.free.fr/>>.

CASTONGUAY Alec, *Exception pour les jeunes de 14 à 16 ans : Ottawa haussera bientôt l'âge du consentement sexuel, mais avec nuance*, 1^{er} juin 2006, en ligne : <<http://www.ledevoir.com>>.

CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie mettant en scène des enfants : l'enregistrement d'un crime*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>.

CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *Mondialisation et incitation à consommer*, Yokohama, 2001, en ligne : <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>.

DEVILLARD Arnaud, *Des propositions pour améliorer protection de l'enfance sur Internet : Le forum des droits sur l'Internet fait au ministère de la Famille une série de propositions pour mieux lutter contre la pédo-pornographie et la pédophilie en ligne*, 25 janv. 2005, en ligne : <<http://www.01net.com>>.

DOCQUIR Pierre-François, *Contrôle des contenus sur Internet et liberté d'expression au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, mai 2002, en ligne : Droit et Nouvelles technologies <<http://www.droit-technologie.org>>.

FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *La consultation habituelle d'images pédopornographiques sanctionnée pénalement*, 12 juil. 2007, en ligne : <<http://www.foruminternet.org/specialistes/veille-juridique/actualites/la-consultation-habituelle-d-images-pedo-pornographiques-sanctionnee-penalement.html>>.

GAUTRAIS Vincent, *Neutralité technologique : qu'en pensent les juges ?*, blogue, Montréal, 1^{er} nov. 2006, en ligne : <<http://www.gautrais.com/Neutralite-technologique-qu-en>>.

GAUTRAIS Vincent, « Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle », (hiver 2004) 9 *Lex Electronica* n°2, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais2.htm>>.

GENDARMERIE ROYALE DU CANADA, *Système d'analyse contre la pornographie juvénile*, Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants, 17 nov. 2008, en ligne : <<http://www.rcmp-grc.gc.ca/ncecc-cncee/cets-fra.htm#1l>>.

GENSOLLEN Michel, *L'économie réelle des univers persistants : Vers une propriété virtuelle?*, 2007, en ligne : <http://www.gensollen.net/2007_gensollen_virtuel_court.pdf>.

GOUDARD Bérénice, *La qualification de l'avatar : l'avatar présumé personne physique*, 13 nov. 2008, en ligne : <<http://www.net-iris.fr/veille-juridique/doctrine/20926/la-qualification-de-avatar-avatar-presume-personne-physique.php>>.

GUERRERO Sébastien, *Vol virtuel... Condamnation réelle !*, 11 fév. 2004, en ligne : <<http://www.legalbiznext.com/droit/Vol-virtuel-Condamnation-reelle>>.

HOJLO Anne-Sophie et François SIONNEAU, *Hôpitaux-prisons, irresponsabilité : l'avis d'acteurs du systèmes*, Nouvelobs.com, 13 juin 2008, en ligne : <http://tempsreel.nouvelobs.com/speciales/la_justice_sous_pressions/20071102.OBS2703/hopitauxprisons_irresponsabilite_lavis_dacteurs_du_sys.html>.

ITEANU Olivier, *La technique ou le droit, qui gouverne ? L'exemple de la lutte contre le Spam*, 02 mars 2007, en ligne : <<http://blog.iteanu.com/index.php?2007/03/02/7-la-technique-ou-le-droit-qui-gouverne-l'exemple-de-la-lutte-contre-le-spam>>.

JURISCLASSEUR, *Mise en péril des mineurs – Exploitation à caractère pornographique réalisé avec des mineurs – Diffusion de messages à caractère violent ou pornographique susceptibles d'être perçus par un mineur*, Code pénal, art. 227-23 et 227-24, Fascicule 20, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com>>.

KOWALSKI Mélanie, *Cybercriminalité : enjeux, sources de données et faisabilité de recueilli des données auprès de la police*, Centre canadien de la statistique, 2002, en ligne : <<http://www.statcan.ca/francais/freepub/85-558-XIF/85-558-XIF2002001.pdf>> .

LA PRESSE CANADIENNE, « Pornographie juvénile : neuf Canadiens arrêtés lors d'une opération mondiale », *Le devoir*, 16 janv. 2008, en ligne : <<http://www.ledevoir.com/2008/01/16/>>.

LAUZON Johanne, « Pornographie juvénile et Internet », (2005) *La dépêche – Doctrine*, SOQUIJ, en ligne : <http://www.soquij.qc.ca/ladepeche/arch_doct/doc20050421.shtml>.

LEBEUF Marcel-Eugène, *Crime organisé et crime technologique, Enquêtes et renseignements aux frontières du renouveau*, Rapport technique, Série technologies de l'information, 2001, en ligne : <http://www.cpc.gc.ca/rcd/ocrime_f.pdf>.

LEDUC Christian, *Logiciel québécois contre la pornographie juvénile*, 26 mars 2008, en ligne : <http://techno.branchez-vous.com/actualite/2008/03/un_logiciel_quebecois_fait_bon.html>.

LE ROY Étienne, « La culture du pluralisme juridique est-elle soluble dans la criminologie?: un point de vue anthropologique », Contribution à la table ronde *Approche critique du concept de culture en criminologie*, XXXIIème congrès de l'Association Française de Criminologie, Besançon, 10 déc. 1998, en ligne : <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/leroy3.rtf>>.

LUGRIN Gilles, *Âmes sensibles s'abstenir...Entre surenchère homosexuelle et « glam-trash », la polémique du « Porno Chic »*, ComAnalysis, l'essence de la communication, Publication n°25, sept. 2001, en ligne : <<http://www.comanalysis.ch/ComAnalysis/Publication25.htm>>.

MÉDIA G, *L'Agence France Presse vient de publier plusieurs dépêches comprenant des amalgames entre homosexualité et pédophile en marge du procès d'un pédophile*, 05 mai 2003, en ligne : <<http://www.media-g.net/detail.php?id=0IYCILQVFB>>.

NADEAU Alain-Robert, *Techniques d'enquêtes et consultation*, 25 juin 2009, en ligne : <<http://www.droit-inc.com>>.

OLANIÉ Marc, *Les enfants, prétexte à censure*, 22 sept. 2005, en ligne : Réseaux et Télécoms <<http://securite.reseaux-telecoms.net/actualites/lire-les-enfants-pret-xe9-texte-et-xe0-censure-11133.html>>.

PLASENCIA Leonardo, *Pédo-pornographie et cybercriminalité*, Fondation Scelles, nov. 2007, en ligne : <<http://www.fondationscelles.org>>.

PEARCE James, *En Australie, la classification des sites serait «inefficace»*, 18 juin 2002, en ligne : ZDNet Australia <<http://news.zdnet.fr/story/0,,t118-s2112010,00.html>>.

RANO Louis-Xavier, *La force du droit à l'oubli*, 12 sept. 2006, en ligne : <<http://www.droit-ntic.com/news/afficher.php?id=376>>.

REGINA Lynn, *Virtual Rape Is Traumatic, but Is It a Crime?*, 2007, en ligne : <http://www.wired.com/culture/lifestyle/commentary/sexdrive/2007/05/sexdrive_0504>.

RÉSEAU ÉDUCATION-MÉDIAS, *Connaître les dangers – Pornographie*, dossier Pour les enseignants : la toile et les jeunes : naviguer en toute sécurité, en ligne : <http://www.media-awareness.ca/francais/enseignants/toile_enseignants/toute_securite_enseignants/dangers_pornographie.cfm>.

RETTINGER L. Jill, *La relation entre la pornographie juvénile et les infractions sexuelles contre les enfants : une analyse documentaire*, ministère de la Justice Canada, mars 2000, en ligne : <<http://canada.justice.gc.ca/fr/ps/rs/rep/rr00-5.html>>.

SAVARD Stéphane, *La justice sous le Régime français : le droit français*, Justice Québec, 2005, en ligne : <<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/histoire/droit.htm>>. (rajouté)

SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *La « protection de la société » deviendra le principal objectif du système correctionnel*, 16 juin 2009, en ligne : <<http://www.securitepublique.gc.ca/media/nr/2009/nr20090616-fra.aspx?rss=false>>.

SÉCURITÉ PUBLIQUE CANADA, *Repérer et surveiller les délinquants à risque élevé*, recherche en bref, vol. 10, n° 6, nov. 2005, en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/res/cor/sum/cprs2005011_1-fra.aspx>.

SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, « La récidive chez les délinquants sexuels », (juil. 2004) 9 *Recherche en bref*, n°4, en ligne : <http://www.publicsafety.gc.ca/res/cor/sum/cprs200407_1-fr.asp>.

SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE CANADA, *Aperçu de la Loi sur la modernisation des techniques d'enquête*, 2005, en ligne : <<http://www.ps-sp.gc.ca/media/bk/2005/bk20051115-fr.asp>>

SEMEN Yves, *La Théologie du corps de Jean-Paul II*, 2005, p.5, en ligne : <<http://www.djp.ch/amour-vrai/yves-semen-theologie-du-corps.pdf>>.

SMITH Russell, *Investigating cybercrime : barriers and solutions*, Australian Institute of Criminology, 11 sept. 2003, en ligne : <http://www.aic.gov.au/conferences/other/smith_russell/2003-09-cybercrime.html>.

VIERBIEST Thibault, *Pornographie enfantine et Internet : comment réprimer?*, 19 mai 2001, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=423>.

WALKER Duncan, *Hi-Tech Tool Against Paedophiles Unveiled*, BBC News Online, 24 juil. 2003, en ligne : <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/uk_news/politics/3091663.stm>.

WÉRY Étienne, *La Cour Suprême prend la défense de la pédophilie « virtuelle » : une crise politique en vue ?*, 17 avril 2002, en ligne : Droit et Nouvelles Technologies <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=569>.

WÉRY Étienne, *La Cour Suprême US bloque (de nouveau) l'application du Child Online Protection Act (COPA 1998)*, 1^{er} juil. 2004, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=957>.

WÉRY Étienne, *La cour de cassation a tranché : consulter une image pédophile n'est pas la détenir*, 21 mars 2005, en ligne : <http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=1056>.

WÉRY Étienne, *Pédopornographie sur l'internet : la France et la Belgique classées meilleures élèves du monde!*, 11 mai 2006, en ligne : Droit et nouvelles technologies, <<http://www.droit-technologie.org>>.

WOLAK Janis, David FINKELHOR et Kimberly MITCHELL, *Trends in arrests of "online predators"*, CV194_FINAL NJOV2, Crimes against children research center, University of New Hampshire, 30 mars 2009, en ligne : <<http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV194.pdf>>.

RAPPORTS ET DOCUMENTS DES ORGANISMES PUBLICS ET PRIVÉS

ALLIANCE ÉVANGÉLIQUE DU CANADA, *Protection des enfants : présentation au Comité permanent de la justice au sujet du projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, nov. 2004, en ligne : <<http://www.evangelicalfellowship.ca>>.

ALLIOT-MARIE Michèle, *Lutte contre la cybercriminalité*, Intervention de la Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, 14.02.2008, en ligne : <http://www.interieur.gouv.fr/sections/a_1_interieur/le_ministre/interventions/lutte-cybercriminalite?print_page=int=1>.

ALLIOT-MARIE Michèle, *Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure (LOPPSI II)*, Dossier de presse, Conseil des Ministres, 27 mai 2009, en ligne : <http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/fichiers_joints/dossier_de_presse_LOPPSI.pdf>.

ALLIOT-MARIE Michèle, *Exposé des motifs du Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la Sécurité intérieure*, Assemblée Nationale, 27 mai 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl1697.asp>>.

ASSEMBLÉE NATIONALE, *Proposition de loi n°1944 visant à imposer aux condamnés récidivistes auteurs d'agressions sexuelles un traitement médical limitant la libido*, 24 nov. 2004, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion1944.asp>>.

ASSOCIATION DU BARREAU CANADIEN, *Mémoire sur le projet de loi C-2 Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables)*, Section nationale de droit pénal, avril 2005, en ligne : <<http://www.cba.org/ABC/Memoires/pdf/05-21-fr.pdf>>.

BATHO Delphine et Jacques Alain BÉNISTI, *Rapport sur les fichiers policiers*, Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, rapport d'information n°1548, Assemblée Nationale, 24 mars 2009, en ligne : <<http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i1548.asp>>.

BERCOVITCH Joan et Ginette BUSQUE, *Critique du projet de loi C-114 sur la pornographie : principes et étude article par article*, Ottawa, Conseil consultatif canadien de la situation de la femme, sept. 1986.

BIRRAUX Claude et Henri REVOL, *La gouvernance mondiale de l'Internet*, Compte rendu de l'audition publique du 8 décembre 2005, Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Assemblée Nationale, n°2891, Sénat, n°219, fév. 2006, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/gouvernance_internet.asp>.

BONTA James, Guy BOURGON, Rebecca JESSEMAN et Annie K. YESSINE, *Système national de repérage : Identification des délinquants violents à risque élevé et intervention*, Rapport pour spécialistes 2005-03, Ottawa, Sécurité publique Canada, 2005, en ligne : <http://www.securitepublique.gc.ca/res/cor/rep/_fl/2005-03-pre-sntnce-fra.pdf>.

BOUQUET Carole (dir.), *La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants : pour une stratégie française*, Rapport de propositions présenté au ministre de la famille et de l'enfance et le ministre délégué au tourisme, Paris, Ministère de la famille et de l'enfance et Ministère délégué au tourisme, 2004.

BOYD Neil, *Sexualité et violence, images et réalité : la censure et le contrôle pénal de l'obscénité*, Rapport n°16, Documents de travail sur la pornographie et la prostitution, Direction de la politique, des programmes et de la recherche, Section de la recherche et de la statistique, Ottawa, Ministère de la Justice, 1984.

BRISSET Claire, *Les enfants face aux images et aux messages violents diffusés par les différents supports de communication*, Défenseure des enfants, Paris, Ministère de la Justice, déc. 2002, en ligne : <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/024000633/index.shtml>>.

BUSQUE Ginette, Cécile CODERRE et Noëlle-Dominique WILLEMS, *La pornographie décodée : information, analyse et pistes d'action*, vol.1 et 2, Montréal, Fédération des femmes du Québec, 1988.

BURGELIN Jean-François, *Santé, justice et dangers, pour une meilleure prévention de la récidive*, Rapport, Commission Santé-Justice, Ministère de la Justice, Ministère des solidarités, de la santé et de la famille, 6 juil. 2005, en ligne : <http://www.sante.gouv.fr/hm/actu/sante_justice/sommaire.htm>.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant le Projet de loi C-277*, Compte rendu officiel, 39^e législature, 1^{ère} session, n°030, 31 mai 2006, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives parlementaires concernant l'âge du consentement*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, n°102, 19 mai 2005, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Discours du parrain à la deuxième lecture du Projet de loi C-2, Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve au Canada*, Débats parlementaires, 38^e législature, 1^{ère} session, 13 oct. 2004, en ligne : LEGISinfo Bibliothèque du Parlement <<http://www.parl.gc.ca/>>.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à la modification du Code criminel (Projet de loi C-2)*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, 13 oct. 2004, en ligne : Parlement du Canada <<http://www.parl.gc.ca/>>.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Initiatives ministérielles relative à Loi modifiant le Code criminel (protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la Loi sur la preuve (Projet de loi C-2)*, Compte rendu officiel, 38^e législature, 1^{ère} session, 8 oct. 2004, en ligne : Parlement du Canada. (enlever ministère de la justice).

CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 11 mai 1993, 19 288-19 296.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 15 mars 1994, 2315-2320.

CHAMBRE DES COMMUNES, *Débats*, Canada, Chambre des communes, 20 sept. 1996, 4494.

COMITÉ EUROPÉEN POUR LES PROBLÈMES CRIMINELS, *L'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que le trafic d'enfants et de jeunes adultes : recommandations no R (91) 11 et rapport*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, éd. du conseil de l'Europe, 1993.

COMITÉ DES MINISTRES DU CONSEIL DE L'EUROPE, *Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité* (STE n°185), 8 nov. 2001, en ligne : <<http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm>>

COMITÉ LÉGISLATIF CHARGÉ DU PROJET DE LOI C-27, *Témoignages*, 39^e législature, 1^{ère} session, 6 juin 2007, en ligne : <<http://www2.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3016937&Language=F&Mode=1&Parl=39&Ses=1>>.

COMITÉ PERMANENT DE LA JUSTICE ET DES QUESTIONS JURIDIQUES, *La pornographie*, Rapport, Ottawa, Chambre des Communes, 22 mars 1978.

COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution*, Document de travail, Ottawa, Ministère Approvisionnement et Service Canada, 1983.

COMITÉ SPÉCIAL D'ÉTUDE DE LA PORNOGRAPHIE ET DE LA PROSTITUTION, *La pornographie et la prostitution au Canada*, Rapport du Comité, volume 1, XVI, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1985.

COMITÉ SUR LES INFRACTIONS SEXUELLES À L'ÉGARD DES ENFANTS ET DES JEUNES, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, Rapport, vol. 1 et 2, Ottawa, Ministère de la santé nationale et du Bien-être social, 1983.

COMMISSION EUROPÉENNE, *La Commission européenne frappe fort contre l'esclavage moderne et les abus sexuels concernant des enfants*, IP/09/472, Bruxelles, 25

mars 2009, en ligne :
 <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/472&format=HTML&age d=0&language=FR&guiLanguage=en>>.

COMMISSION EUROPÉENNE, *Internet plus sûre pour les enfants, Études qualitative dans 29 pays européens*, Rapport de synthèse, Direction générale Société de l'information et médias, Gambais, OPTEM, mai 2007, en ligne :
 <http://ec.europa.eu/information_society/activities/sip/docs/eurobarometer/qualitative_study_2007/summary_report_fr.pdf>.

COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Qu'est-ce qu'un crime ? Des défis et des choix*, JL2-21\2003, Document de discussion, Ottawa, 2003, en ligne :
 <http://www.lcc.gc.ca/about/2003_dis_paper_toc-fr.asp>

COMMISSION DU DROIT AU CANADA, *Au-delà des frontières : Le droit à l'ère de la mondialisation*, Document de discussion, Ottawa, 2006, en ligne : <<http://www.cdc.gc.ca>>

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS (CNIL), *Internet et la collecte des données personnelles auprès des mineurs*, 12 juin 2001, présenté par Cécile ALVERGNAT, en ligne :
 <<http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/rapports/mineurs.pdf>>.

COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN, *Premier rapport sur l'application de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur* (« Directive sur le commerce électronique »), 21 nov. 2003, Com(2003) 702 final, Commission des communautés européennes, en ligne : europa <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/com/rpt/2003/com2003_0702fr01.pdf>.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, *Contenu illégal et préjudiciable sur Internet*, 16 oct. 1996, COM (96) 487.

COMMUNICATION DE LA COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre Vert sur la protection des mineurs et de la dignité humaine dans les services audiovisuels et d'information*, 16 oct. 1996, COM (96) 483.

CONFÉRENCE CANADIENNE DES ARTS, *Mémoire de la conférence canadienne des arts relativement au Projet de Loi C-2*, Ontario, 7 avril 2005, en ligne :
 <http://www.ccarts.ca/fr/advocacy/publications/documents/C-2law_002.pdf>.

CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *La pornographie infantile*, Yokohama, 2001, en ligne :
 <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>.

CONGRÈS MONDIAL CONTRE L'EXPLOITATION SEXUELLE COMMERCIALE DES ENFANTS, *L'exploiteur sexuel*, Yokohama, 2001, en ligne :
 <<http://www.csecworldcongress.org/fr/index.htm>>.

CNIL, *28^e Rapport d'activité 2007*, Paris, La Documentation française, 2008, en ligne : http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/La_CNIL/publications/CNIL-28erapport-2007.pdf.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution du Conseil sur les messages à contenu illicite et préjudiciable diffusés sur Internet*, adoptée lors du Conseil « Télécommunications », 28 nov. 1996, en ligne : <http://www2.echo.lu/legal/fr/internet/content/resol.html>.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Groupe de spécialistes sur l'impact de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information sur la traite des êtres humains aux fins d'exploitation sexuelle*, rapport final, Strasbourg, le 16 sept. 2003, EG-S-NT (2002) 9 rév., en ligne : [http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_EG-S-NT\(2002\)9rev_F.pdf](http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/Equality/PDF_EG-S-NT(2002)9rev_F.pdf).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Conclusions du Conseil relatives à une stratégie de travail concertée et à des mesures concrètes de lutte contre la cybercriminalité*, 2908^e session du Conseil Justice et Affaires Intérieures, Bruxelles, les 27 et 28 novembre 2008, en ligne : http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/jha/104345.pdf.

COUR DE CASSATION, *Rencontre avec la Cour suprême du Canada*, 16 au 19 septembre 2002, Bulletin d'information n°573, 15 fév. 2003, en ligne : <http://www.courdecassation.fr>.

COUR DE CASSATION, « Innovation technologique et droit pénal », dans *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2005_582/.

COUR DE CASSATION, « Droit pénal spécial », dans *L'innovation technologique*, Rapport annuel 2005, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2005_582/.

COUR DE CASSATION, « La liberté d'expression, la loi et le juge (par M. Jean Mazars, conseiller à la Cour de cassation) », dans *Les libertés*, Rapport annuel 2001, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2001_117/.

COUR DE CASSATION, « Internet et libertés, quelques repères (par M. Emmanuel Tois, auditeur à la Cour de cassation, adjoint du directeur du service de documentation et d'études) », dans *Les libertés*, Rapport annuel 2001, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/publications_cour_26/em_rapport_annuel_em_36/rapport_2001_117/deuxieme_partie_etudes_documents_120/etudes_sur_theme_libertes_122/quelques_reperes_5976.html.

COUR DE CASSATION, « Enquête et instruction », *L'égalité*, Rapport annuel 2003, La Documentation française, en ligne : http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_2003_optimise.pdf.

COUR DE CASSATION, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) (par M. Pascal Lemoine, conseiller référendaire à la Cour de cassation) », dans *La vérité*, Rapport annuel 2004, La Documentation française, en ligne : <http://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/rapport_annuel_2004_couverture.pdf>.

DATI Rachida, *Discours sur la présentation du projet de loi relatif à la rétention de sûreté*, garde des Sceaux, ministre de la Justice – Sénat, 30 janv. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=14017>>.

DATI Rachida, *Discours sur le projet de loi relatif à la rétention de sûreté*, garde des Sceaux, ministre de la Justice, 08 janv. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=13898>>.

DATI Rachida, *Discours au Colloque « Neutraliser les grands criminels »*, garde des Sceaux, ministre de la Justice – Assemblée Nationale, 17 oct. 2008, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10720&article=16115>>.

DATI Rachida, *Discours sur le projet de loi renforçant la lutte contre la récidive*, garde des Sceaux, ministre de la Justice – Assemblée Nationale, 17 juil. 2007, en ligne : <<http://www.presse.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10093&ssrubrique=10239&article=12878>>.

DIVISION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « Le projet de loi C-15A modifiant le Code criminel » 42 (août 2002) *Le conseiller juridique* 1.

ENVIRONICS RESEARCH GROUP, *Jeunes canadiens dans un monde branché : la perspective des élèves*, oct. 2001, en ligne : Réseau éducation-médias <<http://www.media-awareness.ca>>.

ECPAT International, *La violence contre les enfants dans le cyberspace*, Une contribution à l'Étude mondiale des Nations Unies sur la violence à l'égard des enfants, Bangkok, sept. 2005, en ligne : <http://www.ecpat.net/EI/Publications/ICT/Cyberspace_FRE.pdf>.

FORUM DES DROITS DE L'INTERNET, *Recommandation relative à la classification des contenus multimédias mobiles*, 17 oct. 2006, en ligne : <<http://www.foruminternet.org>>.

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Compte-rendu de l'atelier « Des besoins de régulation, des solutions innovantes »*, 30 juin 2008, en ligne : <<http://www.foruminternet.org>>.

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net III – Conditions nécessaires à la mise en place du filtrage des sites pédopornographiques par les FAI*, Recommandation, 29 oct. 2008, en ligne : <<http://www.foruminternet.org>>.

GEOFFROY Guy, *Rapport fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°63)*,

adopté par le Sénat après la déclaration d'urgence, renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, Assemblée Nationale, 13^{ème} législature, n°65, 11 juil. 2007, en ligne : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/dossiers/Renforcement_lutte_contre_recidive.asp>.

GOETZ David et Gérald LAFRENIÈRE, *Projet de loi C-15A : Loi modifiant le Code criminel et d'autres lois*, LS-410F, Division du droit et du gouvernement, 12 oct. 2001, en ligne : <<http://dsp-psd.tpsgc.gc.ca/Collection-R/LoPBdP/LS/371/371c15a-f.htm#A.%C2%A0%20L%E2%80%99exploitationtxt>>.

GOUJON Philippe et Charles GAUTIER, *Rapport d'information né 420 sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, 22 juin 2006, Commission des lois du Sénat, session ordinaire 2005-2006, (sept. 2006) *Droit pénal* né 9, Alerte 31 ; en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/r05-420/r05-4201.pdf>>.

GOVERNEMENT DU CANADA, *Guide relatif à la réponse du Gouvernement fédéral aux rapports sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et sur la pornographie et la prostitution*, Ottawa, Gouvernement du Canada ,1986.

GOVERNEMENT DU CANADA, *Un Canada digne des enfants : Un plan d'action du Canada suite à la Session extraordinaire des Nations Unies consacrée aux enfants de mai 2002*, Ottawa, Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, avril 2004.

HAYS Daniel (président), « Le Code criminel sur la loi sur la preuve au Canada : Projet de loi modificatif – Deuxième lecture », dans *Débats du Sénat*, Compte rendu officiel, 1^{re} session, 38^e législation, vol.142, n  73, Ottawa, 20 juin 2005, p.1528.

HEALY Margaret A., *Child pornography: an international Perspective*, Working document for the World Congress against Commercial Sexual Exploitation of Children, Stockholm, august 1996, en ligne : <<http://www.crime-research.org/articles/536>>.

HNATYSHYN Ray, *La pornographie: analyse de la loi propose (Projet de loi C-54)*, Mémoire, Ottawa, Conseil consultative canadien sur la situation de la femme, M 1988-1F, 1988.

JOLIBOIS Charles, *Rapport n  265 - Projet de loi adopté avec modifications par l'assemblée nationale, en deuxième lecture, relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, Commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration général, 1997/1998, Sénat, en ligne : <<http://www.senat.fr/rap/197-265/197-265.html>>.

KOURILSKY Philippe et Geneviève VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier Ministre, 15 oct. 1999,   d. O.Jacob/Doc. Fr., 2000, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000402/index.shtml>>.

LAMANDA Vincent, *Amoinrir les risques de récidive criminelle des condamnés dangereux*, Rapport    M. le Président de la République, 30 mai 2008, en ligne : <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000332/0000.pdf>>.

MACKAY Robin, *Projet de loi C-2 : Loi modifiant le Code criminel (Protection des enfants et d'autres personnes vulnérables) et la loi sur la preuve au Canada*, LS-480F, Ottawa, Service d'information et de recherche parlementaires, Bibliothèque du Parlement, 13 oct. 2004.

MOUVEMENT ANTI-PÉDOPHILIE SUR INTERNET (MAPI), *La pornographie infantile sur Internet*, Belgique, 1996, en ligne : <http://www.info.fundp.ac.be/%7Emapi/plan.html>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Voyeurisme : Une infraction criminelle*, Document de consultation, 2002, en ligne : <http://www.canada.justice.gc.ca/fr/cons/voy/>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, INDUSTRIE CANADA ET SOLLICITEUR GÉNÉRAL DU CANADA, *Accès légal : Document de consultation*, Ottawa, 25 août 2002, en ligne : http://canada.justice.gc.ca/fr/cons/la_al/law_access.pdf.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DU CANADA, *Accès légal – Document de consultation*, Ottawa, 12 déc. 2008, en ligne : <http://www.justice.gc.ca/fra/cons/al-la/b.html>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Le traitement judiciaire de la criminalité : Guide méthodologique*, Direction des affaires criminelles et des grâces. Paris, mai 2002, Les publications du Ministère de la Justice, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr/publicat/infraviaint.htm>.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE DE LA FRANCE, *Exposé des motifs du projet de Loi relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs*, Paris, Juin 2001, Les publications du Ministère de la Justice, en ligne : <http://www.justice.gouv.fr>.

MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, *La délinquance informatique au regard du droit pénal français*, ministère de la justice italienne, 2000, en ligne : <http://www.giustizia.it/cassazione/convegna/dic2000/nedelec.pdf>.

ONU, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, n° 05-41150, Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), Château de Bossey, juin 2005.

PECRESSE Valérie, *Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le Projet de loi, adopté par le Sénat, réformant la protection de l'enfance*, Assemblée Nationale, Douzième Législature, N° 3687, 13 fév. 2007, en ligne : http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r3687.asp#P162_29270.

PILON Marylin, *Âge requis au Canada pour consentir à des actes sexuels*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, 1999.

RECOMMANDATION DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net : L'exposition des mineurs aux contenus préjudiciables de l'Internet (I)*, 11 fév. 2004, en ligne : la Documentation française <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/044000066/0000.pdf>.

RECOMMANDATION DU FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Les enfants du Net II : Pêdo-pornographie et pédophilie sur L'Internet*, 25 janv. 2005, en ligne : la Documentation française <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-enfance2-20050125.htm>>.

ROBERTSON James R., *Obscénité : la décision de la Cour suprême du Canada dans l'affaire R. c. Butler*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, 1992.

ROBERTSON James R., *Les infractions sexuelles à l'égard des enfants : le rapport Badgley*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, 9 nov. 1984.

ROBERTSON James R., *La pornographie*, Ottawa, Bibliothèque du Parlement, Division du droit et du gouvernement, Service de recherche, fév. 1984, n°84-3F.

SANSOM Gareth, *Le contenu illégal et offensant sur l'autoroute de l'information*, Document d'information, Industrie Canada, 1995, en ligne : <<http://www.ifla.org/documents/infopol/canada/ihac009f.pdf>>.

SÉCURITÉ PUBLIQUE DU CANADA, *Présentation d'un projet de Loi sur la modernisation des techniques d'enquête*, Fiche d'information, Communiqués de 2005 (Archive), 15 nov. 2005, en ligne : <<http://www.securitepublique.gc.ca/media/bk/2005/bk20051115-9-fra.aspx>>.

SÉNAT, *La répression de la pornographie infantine*, Division des études de législation comparée du service des affaires européennes, déc. 1996, en ligne : <<http://www.senat.fr/lc/lc22/lc22.html>>.

SÉNAT, *Le Code criminel – La loi sur la preuve au Canada, Projet de loi modificatif – deuxième lecture*, Débats, Compte rendu officiel, 1^{re} session, 38^e législature, vol.142, n°73, 20 juin 2005, p. 1528-1532.

SOMMET MONDIAL SUR LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION, *Gouvernance de l'Internet*, Chapitre 3, Genève 2003 - Tunis 2005, Document WSIS-II/PC-3/DT/10-F, 23 sept. 2005, en ligne : <<http://www.itu.int/wsisis/index-fr.html>>.

THE BERKMAN CENTER FOR INTERNET ET SOCIETY AT HARVARD UNIVERSITY, *Enhancing Child Safety et Online Technologies : Final report of the Internet safety technical task force to the Multi-State working Group on Social Networking of State Attorneys General of the United States*, New York, Berkman Center for Internet & Society at Harvard University, 31 déc. 2008, en ligne : <<http://cyber.law.harvard.edu/pubrelease/isttf/>>.

THE NATIONAL CAMPAIGN TO PREVENT TEEN AND UNPLANNED PREGNANCY ET COSMOGIRL.COM, *Sex and tech: Results from a survey of teens and young adults*, 2008, en ligne : <www.thenationalcampaign.org/sextech/PDF/SexTech_Summary.pdf>.

THORAVAL Joël (dir.), *Protection de l'enfant et usages de l'Internet*, Rapport, Conférence de la famille, Paris, Ministère des solidarités, de la santé et de la famille, 2005, en ligne : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/054000312/index.shtml>>

UNESCO, *Exploitation sexuelle des enfants, pornographie impliquant des enfants et pédophilie sur Internet*, réunion d'Experts, Paris, 18 et 19 janv. 1999, en ligne : <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001147/114751fo.pdf>>.

VAN LOAN Peter, *Rapports sur les plans et les priorités 2009-2010*, Ministre de la Sécurité publique, Service correctionnel du Canada, 2009, en ligne : <http://www.tbs-sct.gc.ca/rpp/2009-2010/inst/pen/pen00-fra.asp>>.

ZERMATTEN Jean, *L'Intérêt Supérieur de l'Enfant De l'Analyse Littérale à la Portée Philosophique*, Working report, Institut International des droits de l'enfant, 2003, en ligne : http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_fr.pdf>.

SÉMINAIRES, COLLOQUES, CONFÉRENCES ET ALLOCUTIONS

ANCET Pierre, *Le déterminisme génétique et la liberté de choix*, Colloque Génomique-génoéthique et anthropologie, Université de Montréal, Montréal, 22 et 23 oct. 2004, en ligne : http://agora.qc.ca/colloque/gga.nsf/Conferences/Le_determinisme_genetique_et_la_liberte_de_choix>.

BERNARD Claire, *La place du critère de l'âge dans le respect des droits de l'enfant*, Communication présentée au Forum public organisé par Commission du droit au Canada pour *Une question d'âge : les rapports entre les générations et le droit*, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, Québec, 3 oct. 2004, en ligne : http://www.cdpdj.qc.ca/fr/publications/docs/critere_age_droits_enfants.pdf>.

CAPRIOLI Éric A., *Que veut dire neutralité technologique? Du concept au principe général du droit*, Conférence *Droit du commerce électronique : un droit différent?*, Montréal, 2 oct. 2008, en ligne : www.gautrais.com/IMG/ppt/SeminaireQuebec_Pres021008.ppt>.

CHANTRAINE Gilles, « De la prison post-disciplinaire en général et de la carcéralisation du soin psychiatrique en particulier : le cas français » dans Marion VACHERET, Manon JENDLY, Philippe MARY, Bastien QUIRION et Dominique ROBERT (dir.), Actes de colloque international, *Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations, Proceedings of the Punishment Today: Permanence or Mutation*, 5-6-7 déc. 2007, Centre International de criminologie comparée, Montréal, 2008, en ligne : <http://www.erudit.org/livre/penal/2008/index.htm>>, p. 206-220.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, *Libertés et ordre public, Les principaux critères de limitation des droits de l'homme dans la pratique de la justice constitutionnelle*, 8ème séminaire des cours constitutionnelles, Erevan, 2 au 5 oct. 2003, en ligne : <http://www.conseil-constitutionnel.fr>>.

CORRIVEAU Patrice, Francis FORTIN et Catherine BERNARD, « Google et Yahoo : des outils classiques de la recherche de pornographie juvénile? », 5^{ème} Colloque sur la cybercriminalité, Montréal, 26-27 mai 2009.

ÉCOLES DES SCIENCES CRIMINOLOGIQUES LÉON CORNIL, *La pédophilie : approche pluridisciplinaire*, Actes du colloque organisé par l'école des sciences criminelles Léon Cornil de la Faculté de Droit de l'U.L.B. et le centre de recherche-action et de consultations en sexo-criminologie (C.R.A.S.C.), 12 et 13 janv. 1995, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1998.

GAUTRAIS Vincent, *Introduction générale : Le défi de la protection de la vie privée face aux besoins de circulation de l'information personnelle*, Conférence *Vie privée et interconnexions : vers un changement de paradigme?*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP / CECOJI), Ivry sur Seine, 5 juin 2003, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/gautrais2.pdf>>.

GAUTRAIS Vincent, *Fictions et présomptions : outils juridiques d'intégration des technologies*, Sécurité juridique et sécurité technique: indépendance ou métissage, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, sept. 2003.

GAUTRAIS Vincent, *Droit des TI - Évolution ou révolution ?*, Conférence *Droit du commerce électronique : un droit différent?*, Chaire en droit de la sécurité et des affaires électroniques, Chaire L.R. Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique, Montréal, 2 oct. 2008, en ligne : <<http://www.gautrais.com/-Le-droit-du-commerce-electronique,108->>.

LABBÉ Éric, *L'efficacité technique comme critère juridique ou la manière dont les lois se technicisent*, Conférence *Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage*, Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 30 sept. 2003, en ligne : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe1.pdf>>.

LACOMBE Dany, « Nouvelle pénologie et dispositif thérapeutique : le cas du contrevenant sexuel », dans Marion VACHERET, Manon JENDLY, Philippe MARY, Bastien QUIRION et Dominique ROBERT (dir.), Actes de colloque international, *Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations*, *Proceedings of the Punishment Today: Permanence or Mutation*, 5-6-7 déc. 2007, Centre International de criminologie comparée, Montréal, 2008, en ligne : <<http://www.erudit.org/livre/penal/2008/index.htm>>.

LAVENUE Jean-Jacques, « Souveraineté et Internet : la nécessaire définition d'une souveraineté fonctionnelle », dans Karim BENYEKHEF et Pierre TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Actes de colloque, 23-24 oct. 2007, éd. Thémis, Montréal, 2009, p.81-121, en ligne : <<http://www.etatdedroitetvirtualite.net/>>.

LE ROY Étienne, *La culture du pluralisme juridique est-elle soluble dans la criminologie?*, Contribution à la table ronde *Approche critique du concept de culture en criminologie*, XXXII^{ème} Congrès de l'Association Française de Criminologie, Besançon, 10 déc. 1998.

MASSIT-FOLLÉA Françoise, *Gouvernance de l'Internet et société civile : les limites du multistakeholderism*, Colloque de la Société Québécoise de Science Politique, mai 2008, en ligne : Vox Internet <<http://www.voxinternet.fr/spip.php?article223&lang=de>>.

MOCKLE Daniel, « La virtualité et l'État de droit », dans Karim BENYEKHEF et Pierre TRUDEL (dir.), *État de droit et virtualité*, Actes de colloque, 23-24 oct. 2007, Les éd. Thémis, Montréal, 2009, en ligne : <<http://www.etatdedroitetvirtualite.net/>>, p. 9-59.

TRUDEL Pierre, « Vers de nouvelles approches pour garantir la protection de la vie privée dans un monde en réseaux », dans Colloque *Devenir, aujourd'hui, l'avocat de demain!*, Legal IT, Droit et technologies de l'information, Montréal, Éd. Yvon Blais, 21 avril 2008, p. 1-25.

TRUDEL Pierre, *La recherche sur les rationalités des règles de droit et les techniques de réglementation Éléments d'un modèle*, Cours DRT 6929, Droit des technologies de l'information avancé (Protection des données personnelles et santé), Faculté de droit, Université de Montréal, ligne : <<http://www.crdp.umontreal.ca/cours/drt6929a/Rationalites-techregl.pdf>>.

TRAVAUX, MÉMOIRES ET THÈSES

AMEGEE Maximilien, *La protection des mineurs sur Internet : la problématique de la pornographie*, DESS de Droit des Nouvelles technologies et systèmes de l'information – DEA de Théorie générale et philosophie du droit, Belgique, 2004, en ligne : <<http://memoireonline.free.fr/protection-des-mineurs-sur-internet.html>>.

BARBE Karina, *La consommation de pornographie chez des adolescents et les attitudes envers les jeunes filles et la sexualité, les comportements de violence dans les fréquentations ainsi que les comportements de harcèlement sexuel*, Mémoire de maîtrise, Québec, Faculté des sciences sociales, Université Laval, 2001, en ligne : ProQuest <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=766163331&sid=1&Fmt=2&clientId=48948&RQT=309&VName=PQD>>.

CORRIVEAU Patrice, *La censure et son utilité : le cas Internet*, Thèse de Maîtrise, Ottawa, Faculté des sciences sociales, Département de criminologie, Université d'Ottawa, 1998, en ligne : ProQuest <<http://proquest.umi.com/pqdweb?did=734127581&sid=1&Fmt=2&clientId=48948&RQT=309&VName=PQD>>.

DE MARCO Estelle, *Le droit pénal applicable sur Internet*, DEA Informatique et Droit - Université de Montpellier 1, Institut de Recherches et d'Études pour le Traitement de l'Information juridique, 1998, en ligne : <<http://www.juriscom.net/uni/mem/06/presentation.htm>>.

GEORGES Fanny, *Sémiotique de la représentation de soi dans les dispositifs interactifs : L'hexis numérique*, Thèse de doctorat, Université de Paris I – Panthéon - Sorbonne, UFR Arts plastiques et Sciences de l'art, 2007, en ligne : <http://fannygeorges.free.fr/FGeorges_These_0108.pdf>.

JORET-BOHE Mylène, *La pédophilie sur l'internet*, Mémoire de DESS Droit du multimédia et de l'informatique, Paris, Université de Paris II – Panthéon-Assas, 2005.

JOUGLEUX Philippe, *La criminalité dans le cyberspace*, Mémoire de DEA Droit des Médias, Aix-Marseille, Faculté de droit et de science politique, Université de droit, d'économie et des sciences d'Aix-Marseille, 1999.

LABOURDIQUE Daphnée, *La protection des mineurs sur l'Internet : comparaison entre le droit français et le droit américain*, Mémoire de DESS Droit du Multimédia et de l'Informatique, Université Panthéon-Assas - Paris II, 2003, en ligne : < http://www.u-paris2.fr/dess-dmi/rep_travaux/56_labourdique_daphnee.pdf>.

LAVOIE Pierre-Éric, *Police et criminalité informatique: De réels problèmes à l'intervention dans l'univers virtuel*, texte produit dans le cours CRI 6226, École de criminologie, Université de Montréal, Police et sécurité privée, 2008, en ligne: <http://www.crime-reg.com/police6226/rapports/police_et_cybercriminalite/cyberintro.htm>

LEVIONNAIS Florian, *Droit, commerce électronique et pornographie : Audit juridique d'un site web de « charme »*, DESS Droit et Pratique du Commerce électronique, Paris V, Faculté de droit, 2003.

PANEPINTO Toni, *La pornographie infantile sur le réseau Internet*, Travail de fin d'études présenté en vue de l'obtention du diplôme de licencié en criminologie de l'Université de Liège, Année académique 1999-2000, en ligne : <<http://users.swing.be/criminologie/telechargements.htm>>.

RISACHER Nancy, *La protection des mineurs sur le réseau Internet*, thèse, Université Nancy 2, Faculté de droit, 1997, en ligne : <<http://tregouet.org/senat/ntic/auditions/Tome2-Audition-78.html>>.

TAVENARD Éric, *La pornographie sur Internet*, DESS Droit du multimédia et de l'informatique, Université Paris II – Panthéon Assas, 2003.

VERBIEST Thibault, *Statut juridique de l'avatar*, conférence IREDIC, 22 mai 2008, en ligne : <<http://www.ulys.net>>.

VINCENT-LEGOUX Marie-Caroline, *L'ordre public – étude comparée interne*, Paris, PUF, 2001.

WATTIER Isabelle, *Les enjeux de la réception de la « majorité sexuelle » en droit pénal belge et européen : de la taxinomie au discours pénal métajuridique*, l'Université catholique de Louvain, Belgique, en cours.

DICTIONNAIRES

GUILLIEN Raymond et Jean VINCENT (dir.), *Termes juridiques*, 10e éd., Paris, Dalloz, 1995.

GUINCHARD Serge et Gabriel MONTAGNIER (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 16^e éd., Paris, Dalloz, 2005.

REY-DEBOVE Josette et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006.